فصـــل

(ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشیٔ وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق) وقال الشافعى رحمه الله يقع الطلاق فى الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطیٔ كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتها فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما فى الابانة والتحريم * ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الاترى انها هى الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهى مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها (ولو قالت انت طالق واحدة اولا فليس بشیٔ) * قال رضى الله تعالى عنه هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف رحمه الله آخرا و على قول محمد رحمه الله وهو قول ابى يوسف رحمه الله اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله فى كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولاشیٔ ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد رحمة الله تعالى عليه روايتان له انه ادخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة فبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق اولا لانه ادخل الشك فى اصل الايقاع فلا يقع * ولهما

فصـــل

قـــوله ولو قال انامنك بائن اوعليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق لان الابانة لازالة الوصلة وهى مشتركة والتحريم لازالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك اوعليك لم يطلق لان حله ووصلته قد يكون باخرى فلايتعين هذه بلاذكر وليس كذلك انت بائن اوحرام لان حلها ووصلتها معه لاغير قـــوله وهو فيها دون الزوج لانه لاتطلق بعد النكاح الى ماشاء ويستمتع بامائه وثلث سواها * فان قيل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها واربع سواها فيكون مقيدا * قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه لم يكن مشروعا لايكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء مالم يقلد وليس بمقيد وكذا الصبى عاجز عن التصرفات وليس بمقيد فالمقيد الحقيقى من له الآلات السليمة لفعل المشى والبطش وبسبب القيد يمتنع عن ذلك فالمقيد الحكمى هكذا ينبغى ان يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمرأة تقيدت بقيد رق النكاح عليها ولا رق فى جانب الزوج ولكنه منهى عن نكاح الخمس والجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما لنكاح هذه المرأة ولامن اثره فكان اضافة الطلاق الى الرجل وانه لازالة القيد او الملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك فى الرجل فيكون اضافة الشیٔ الى غير محله فيلغو بخلاف الابانة والتحريم لان التحريم لاثبات الحرمة والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما * وقوله والحل مشترك والطلاق وضع لابطاله * قلنا الطلاق ما وضع لابطال الحل بل لرفع القيد او الملك والحل الثابت لها عليه يكون تبعا لاقصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها قـــوله ولافرق بين المسئلتين اى بين قوله اولا وقوله اولاشیٔ فلايختلف جواب محمد فيهما فبيان قول محمد فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولاشیٔ تكون بائنا فى واحدة اولا قـــوله ولو كان المذكور ههنا اى فى الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله روايتان اى فيهما

* * * * * * * * * * * * * * * * قـــوله

ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الاترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع فى الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على مامر واذا كان الواقع ماكان العدد نعتا له كان الشك داخلا فى اصل الايقاع فلا يقع شئ (ولو قال انت طالق مع موتى اومع موتك فليس بشئ) لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولا بد منهما (واذا ملك الزوج امرأته اوشقصا منها او ملكت امرأة زوجها اوشقصا منه وقعت الفرقة) لمنافات بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ) لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولابقاء له مع المنافى لامن وجه ولامن كل وجه وكذا اذا ملكته اوشقصا منه لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول * * * * * *

قـــوله ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد اى قوله انت طالق اذاقرن بالواحدة او بالثنتين اوبالثلث وانما اطلق اسم العدد على الواحدة لانها اصل العدد يعنى ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما فى الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل فى الواحدة داخلا فى الايقاع فحينئذ يصير نظير قوله انت طالق اولا وهناك لايقع شئ بالاجماع كذا هنا دل عليه وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال لها انت طالق ثلثا لانه لو كان الوقوع قبل قوله ثلثا للغا ذكر الثلث ولهذا لو قال لها انت طالق واحدة اوقال انت طالق ثلثا فصادفها قوله انت طالق وهى حية وصادفها العدد وهى ميت لايقع فلو كان الوقوع بقوله انت طالق لوقع الطلاق * وثمرة ذلك تظهر فى غير المدخول بها حتى لوكانت مطلقة يجب نصف المسمى ولو لم تكن مطلقة يجب جميع المسمى ويظهر ايضا فى حق من حلف لايطلق امرأته **قـــوله** فليس بشئ اى لايقع شئ لان معنى قوله مع موتى بعد موتى الاترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا ولا تطلق الابعد الدخول فكذلك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته اوبعد موتها ولانكاح بينهما بعد موت احدهما لان مع للمقارنة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لايقع الافى حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقترن به كذا ذكره شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه **قـــوله** ولاضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى * فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين اما اذا ملك شقصا منها فلا يثبت الحل بملك الشقص فينبغى ان لايبقى الحل الثابت بينهما نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولاضعيف * قلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا * فعلى هذا ينبغى ان يبطل نكاح المكاتب ايضا اذا اشترى منكوحته لورود دليل الحل القوى على الضعيف ومع ذلك لا يبطل ذكره فى المبسوط لان الثابت له فى كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح ولان ملك اليمين لا يثبت للمكاتب انما يثبت له ملك التصرف لان قيام الرق يمنعه عن ذلك والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك **قـــوله** ولابقاء له مع المنافى لامن وجه وهو العدة ولامن كل وجه وهو النكاح * * * * * * * *

لانه لاعدة هنالك حتى حل وطئها له (وان قال لها وهى امة لغيره انت طالق ثنيتن مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقابالاعتاق اوالعتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلاتحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين يبقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخر كما فى **قوله تعالى** فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ماذكرنامن معنى الشرط (ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة * * * فتطلق

قـــوله لانه لاعدة هنالك وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطئ * فان قيل اليس انه لايجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة * قلنا قد قالوا لاعدة عليها بدليل انه لوزوجها من آخر جاز والصحيح انه لايجوز تزويجها من آخر * والحاصل انه لاتجب العدة عليها فى حق من اشتراها وهل يجب فى حق غيره فهو على الروايتين * وفى الجامع الصغير التمرتاشى وقالوا لو اشترى امرأته ثم باعها لا يحل للمشترى وطئها حتى تحيض بحيضتين وكذا لوزوجها المشترى حتى تحيض بحيضتين **قـــوله** لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان قوله مع عتق مولاك اياك يحتمل ان يراد مع اعتاق مولاك اياك على طريق استعارة الحكم عن علته * والدليل عليه انه استعمل العتق متعديا ويحتمل ان يراد به العتق حقيقة فحينئذ يحتاج الى الاضمار اى مع عتقك اعتاق مولاك اياك ومثله كثير فى كلام العرب **قـــوله** لان اللفظ ينتظمهما اى لفظ العتق يحتمل الاعتاق على طريق الاستعارة والعتق على طريق الحقيقة لانه هو الملفوظ ومعنى الانتظام ههنا احتمال التناول على طريق البدلية لما عرف ان اللفظ الواحد لاينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان العتق حكم الاعتاق والحكم يقارن العلة فيقارن العتق الاعتاق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ ان يقال التطليق معلق بالاعتاق لانه اريد بالعتق ويصح ان يقال معلق بالعتق لانه حكمه فيقارنه فى الوجود فيتوقف التطليق عليه ايضا * وانما قلنا انـه علق التطليق بالاعتاق او العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذا لا يتصور الابان يتعلق احدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط اويتعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول اويتعلقا بشرط واحد اوبعلة واحدة والثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحد اوبعلة واحدة وكذا الثانى لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال ان يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلارضاه فتعين تعلق الطلاق بالاعتاق وقد وجدت امارة الشرط فى الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لاالطلاق عندنا لما عرف ان اثر التعليق فى منع السبب فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وعنده صار تطليقا زمان التكلم * فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك ولم يصح ذلك * قلنا هنا مالك للانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه فعدلنا عن الحقيقة لذلك وثمه لا يملك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا فى صريح الشرط

فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض * ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهى امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق لا الطلاق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه نؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة تؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه

(ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهى واحدة وان اشار بالثنتين فهى ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها

قــــوله فتطلق بعد العتق فان قيل التطليق يقارن الاعتاق لتعلقهما بشرط واحد ويلزم من ذلك ان يكون وقوع العتق والطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق * قلنا الجواب عنه من وجهين * احدهما ان مشايخنا اختلفوا فى ان الاحكام الشرعية هل تتأخر عن عللها اوتقارنها كما فى العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى فى الطلاق قول من يقول يتأخر المعلوم عن علته فى الشرعيات وفى الاعتاق قول الاخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة فى الشرعيات وانما اختار هذا لان العتق اسرع نفوذا لكونه مندوبا والطلاق ابطأ ثبوتا لكونه مبغوضا اولان لاتلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولا شك انه تقدم فى الوجود اوجزهما لفظا فى الارسال عند مجىء الغد فكذا فى التعليق وقوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين فيستقيم قوله نطلق بعد العتق * والثانى يجوز ان يكون المراد بقوله بعد العتق مع العتق كما ان المراد من قوله انت طالق مع عتق مولاك اياك بعد عتق مولاك اياك فى المسئلة المتقدمة وعلى هذا التأويل يتأتى التقريب ايضا لان وقوع الطلاق اذا كان مصادفا لحال ثبوت العتق وهى حرة حال ثبوت العتق كالجسم يكون اسود حال اسوداده ويكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك ولهذا تعتد بثلث حيض وهذا آية كونها حرة حال الطلاق * ولهما انه اذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يصادفها وهى امة فيكون الطلاق مصادفا للامة ايضا والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة ولانسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشىء فى زمان ثبوته ليس بثابت اجماعا بلا خلاف بين العقلاء اولانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة رجحنا المحرم اخذا بالاحتياط وانما تعتد بثلث حيض احتياطا ايضا على ان العدة وجبت بعد الطلاق وحال وجوب العدة هى حرة بخلاف قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك لان هناك جعل العتق شرطا للتطليق لانه علق الطلاق بمعدوم على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصار مع بمعنى ان وقد يجىء مع بمعنى بعد قال الله تعالى ان مع العسر يسرا واذا كان الاعتاق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لامحالة والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه

قــــوله والاشارة تقع بالمنشورة منها * واعلم انه لافرق بين الاشارة بالاصابع التى اعتاد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الاخر كذا فى الفوائد الظهيرية * * * * *

وقيل

وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لاقضاء وكذا اذانوى الاشارة بالكف حتى يقع فى الاولى ثنتان ديانة وفى الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقى الاعتبار لقوله انت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة) وقال الشافعى رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذاقال انت طالق على ان لارجعة لى عليك * ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الاترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين * ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية اونوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لا بتداء الا يقاع (وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن (وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه) لما ذكرنا (وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة) لان الرجعى هو السنة فيكون طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنا * وعن ابى يوسف رحمه الله فى قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الا يقاع فى حالة حيض فلا بد من النية * وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة اوطلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا * وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شىء واحد فكان تشبيها به فى توحده ولو * * * * * *

قــــوله وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم * وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر وان كان الى الارض فالعبرة للضم * وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم كذا ذكره الامام التمر تاشى رحمة الله تعالى عليه قــــوله حتى يقع فى الاولى ثنتان يعنى صحت نيته ديانة فى المسئلتين حتى يقع فى المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفى المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف قــــوله ولنا انه وصفه بما يحتمله * فان قيل لوكان قوله انت طالق محتملا للبينونة ينبغى ان يصح نية البينونة فى قوله انت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصح * قلنا النية تصح فى الملفوظ لا فى غير الملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه السهو اذا سلم يريد به قطع الصلوة لاتعمل نيته بخلاف ما اذا قال انت طالق بائن فالبينونة ملفوظة * وتحقيقه ان النية تعمل فيما يحتمله اللفظ لا فيما يحتمل ان يحصل باللفظ قــــوله ومسئلة الرجعة ممنوعة فهو كقوله انت طالق بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله قــــوله اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونه جنسا الى آخره فى اوائل باب ايقاع الطلاق قــــوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن اى فى الاحكام الاربعة وهى فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلث فثلث ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان * فان قيل ان قوله افحش افعل التفضيل فيقتضى ان يكون هناك فاحش وهذا افحش منه وليس هناك فاحش الا البائن وهذا افحش منه فتكون ثلثا * قلنا هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات قال الله تعالى وبعولتهن احق بردهن * قوله

(ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا) اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو في البائن لانه لايحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر * واما الثاني فلانه قد يراد به التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما * وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف * واما الثالث فلان الشيء قد يملاء البيت لعظمه في نفسه وقد يملاء لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل * ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم اولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف * وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة * وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي * وقيل محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله * وقيل مع ابي يوسف رحمه الله * وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل

(ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو * ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * *

فصل في الطلاق قبل الدخول

(واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة (فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة) لماذكرنا انها بانت بالاولى (ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل (وكذا اذا قال انت طالق ثنتين اوثلثا) لما بينا

قـــوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة يقع البائن عند ابي حنيفة رحمه الله خاصة على تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف رحمهما الله ومثل الجبل يكون بائنا عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله ومثل عظم الجبل يكون بائنا بالاجماع المركب فعند ابي حنيفة رحمه الله لوجود التشبيه وعند ابي يوسف رحمه الله لوجود ذكر العظم وعند زفر رحمه الله لكون الجبل عظيما عند الناس والله تعالى اعلم بالصواب * * *

فصل في الطلاق قبل الدخول

قـــوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها * وفي المبسوط وهذا عندنا وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة رضي الله تعالى عنهم * وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة * وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال لها انت طالق وطالق وطالق * ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد لان الموقع هو العدد واذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة في الحكم فان ايقاع الثلث لا يتأتى بعبارة اوجز من هذه والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها عن بعض بخلاف قوله طالق وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة قـــوله فان فرق الطلاق بانت بالاولى وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق

وهذه

وهذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى (ولوقال انت طالق واحدة قبل واحدة اوبعدها واحدة وقعت واحدة) والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءنى زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى الماضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلاتقع الثانية والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى فلا تقع الثانية (ولوقال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحال غير ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال ايضا فتقترنان فتقعان (وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان) لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان (ولوقال انت طالق واحدة مع واحدة اومعها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران * وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى عليه فى قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة * * * * * وفى

وكذا لوقال انت طالق وطالق وطالق * وانما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه اذا كان فى آخره شرط اواستثناء * وقال فى الايضاح اذا قال انت طالق طالق ان دخلت الدار وهى غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تتعلق الثانية وان كان معطوفا نحو ان قال انت طالق وطالق ان دخلت الدار اوتطالق ان دخلت الدار تعلقا جميعا بالدخول لان قوله انت طالق من حيث انه جزء كلام قاصر يحتاج الى ذكر الشرط ليتم الكلام بمعناه فيتوقف الاول والثانى على ذكر الشرط فيتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف العطف فالثانى صار فاصلا بين الاول وبين ماذكر من الشرط بعده فكان تنجيزا وكذا لوقال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة * وعند مالك رحمه الله تطلق ثلثا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع كما اذا قال انت طالق واحدة ونصفا وانت طالق احدا وعشرين فان فى الاولى تقع ثنتان وفى الثانية تقع ثلث وعند زفر رحمه الله تقع واحدة لان المراد من نصف التطليق كما لها فكانه قال انت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لانه لايمكنه ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة اوجز من هذا وكذا قوله انت طالق احدا وعشرين وان قال احد عشر تطلق ثلثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا كذا فى المبسوط * فان قيل الواو العاطفة لمطلق الجمع عندنا فحينئذ يجب ان يتوقف اول الكلام على آخره فى قوله انت طالق واحدة وواحدة ليتحقق الجمع * قلنا لوتوقف لصار للقران ولم يوضع للقران * فان قيل لولم يتوقف يصير للترتيب وهو ايضا ليس من مذهبنا * قلنا الواو لم يوضع للقران والترتيب ولكن لمطلق الجمع الا انه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم المانع فلم يبق محلا للثانية **قـــوله** وهذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى اى هذه المسائل الثلث وهو قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لوماتت قبل قوله ثنتين اوماتت قبل قوله ثلثا يوافق ماقبلها وهوقوله فاذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن **قـــوله** من حيث المعنى اى من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لاذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف بينهما لما ان ذكر العدد الذى هو الواقع فى هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحته وقع الثلث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لا للوصف * * * * * **قـــوله**

وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى (ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى * وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع * لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على ثنتين او اخر الشرط * وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثانى لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخى رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح * * * * * * * * * * * * * * *

قـــوله وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها وهذا الجواب مشكل فى قوله انت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمة الله تعالى عليه فى الزيادات الاترى الى **قوله تعالى** فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والى **قوله تعالى** لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربى وقال النبى صلى الله عليه وسلم خللوا اصابكم قبل ان يتخللها نار جهنم * وجوابه مذكور فى اصول الجامع كذا فى الفوائد الظهيرية **قـــوله** وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب يعنى الجمع المطلق وان كان لا يتعرض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن احد هذين الامرين فى الوجود والوقوع وعلى اعتبار ان يكون مرتبا فى الوقوع لا يقع الا واحدة فلا تقع الثانية بالشك **قـــوله** كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال انت طالق واحدة وواحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالمنجز * فان قيل اليس انه لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب فى التنجيز لا يدل على الترتيب فى التعليق وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولما صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن فى لفظه مايدل على الترتيب * قلنا لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى مقام الاول وقد صح ذلك فى التعليق لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى والواو للعطف على تقرير الاول فتتعلق الثانى بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانت بالاولى ولم يصح التكلم بالثنتين لفوات المحل **قـــوله** لان الفاء للتعقيب ففى كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة كما لو قال بثم وبعد بخلاف الواو ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند ابى حنيفة رحمه الله ان كانت مدخولا بها تقع فى الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة فى الحال ويلغو ما بقى فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها والا تعلق الاول ووقع الثانى ولغا الثلث وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط او اخر الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلثا ان كانت موطوءة والا تطلق واحدة * وهذا بناء على ان ثم للتراخى اتفاقا ولكنهم اختلفوا فى اثر التراخى فقال ابو حنيفة رحمه الله وهو بمعنى الانقطاع كانه سكت ثم استأنف بعد الاول اعتبارا بكمال التراخى وقالا التراخى راجع الى الوجود والحكم فاما فى التكلم فمتصل * * * * * * * * * * * * *

(واما الضرب الثانى وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال) لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من التعيين اودلالته (قال وهى على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعى ولا يقع بها الا واحدة وهى قوله اعتدى واستبرئى رحمك وانت واحدة) اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها * واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهوان تكون واحدة عنده اوعند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا تقع الاواحدة لان قوله انت طالق فيها مقتض اومضمر ولوكان مظهرا لاتقع بها الاواحدة فاذا كان مضمرا اولى * وفى قوله انت واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافى نية الثلث ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ رحمهم الله وهو الصحيح لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب (قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختارى وانت حرة وتقنعى وتخمرى واستبرئى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج) لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية * * * * قال

قــــوله واما الضرب الثانى وهو الكنايات ذكر فى اول باب ايقاع الطلاق ان الطلاق على ضربين صريح وكناية وقدم ذكر الصريح لانه الاصل فى الكلام ثم شرع فى الكناية قــــوله فيقتضى طلاقا سابقا لانه لما امرها بالاعتداد ولم يكن واجبا عليها قبل لابد من تقديم مايوجبه ليصح الامر به فقدم الطلاق عليه كانه قال طلقتك اوانت طالق فاعتدى ضرورة صحة الامر والضرورة ترتفع باثبات اصل الطلاق فلا حاجة الى اثبات وصف زائد وهو البينونة فلذلك كان الواقع به رجعيا هذا بعد الدخول وقبل الدخول جعل مستعارا محضا عن الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان مختصا به قال الله تعالى ياايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة اى اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال الله تعالى انى ارانى اعصر خمرا اى عنبا والخمر مخصوصة بالعنب والاعتداد شرعا بطريق الاصالة انما هو فى الطلاق واما فى غير الطلاق فبالعارض كالموت وحدوث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها قــــوله لانه تصريح بما هو المقصود منه لان المقصود من الاعتداد طلب براءة الرحم فقوله استبرئى رحمك اى تعرفى براءة رحمك فيحتمل ان يريد الزوج بهذا طلقتك او انت طالق فاستبرئى رحمك اويريد استبرئ رحمك لاطلقك فاذا نوى الاول كان بمنزلة اعتدى ونوى اعتداد الاقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاء وقبل الدخول يجعل مستعارا محضا عن الطلاق استعارة الحكم لسببه قــــوله لان قوله انت طالق فيها مقتض اى فى قوله اعتدى واستبرئى على ما ذكر قــــوله اومضمر اى فى قوله انت واحدة فان تقديره انت طالق طلقة واحدة قــــوله ولامعتبر باعراب الواحدة قيل انما يقع الطلاق اذا قال واحدة بالنصب * * *

(قال الا ان يكون فى حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) قال رضى الله تعالى عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لايصلح ردا والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهى حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لاردا ومايصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة *ففى حالة الرضاء لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية والقول قوله فى انكار النية لما قلنا * وفى حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا فى القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدى امرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق *ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقنعى تخمرى وما يجرى هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق*وعن ابى يوسف رحمه الله فى قوله لاملك لى عليك ولا سبيل لى عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق فى حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا *وقال الشافعى رحمه الله يقع بها رجعى لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح * ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولاخفاء فى الاهلية والمحلية * * * * * * * والدلالة

بالنصب حتى يكون نعتا لمصدر محذوف اما اذا قال واحدة بالرفع لايقع شئ وان نوى وان لم يعرب واحدة يحتاج الى النية * وقال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى الكل على الاختلاف لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلايجوز بناء حكم يرجع الى العامة على هذا وهو الصحيح **قوله** سوى بين هذه الالفاظ اى القدورى رحمه الله **قوله** والقول قوله فى انكار النية لما قلنا وهو لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية وما يصلح جوابا لاردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدى امرك بيدك اختارى ولكن الخمسة الاول تصلح للجواب وتصلح للسب ولكن فى عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والقاضى مأمور باتباع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجى اذهبى اغربى قومى تقنعى استبرئى تخمرى اما صلاحية هذه الالفاظ للرد ان يراد الزوج بقول اخرجى اى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى اغربى اذ اغربى من الغروب هو البعد قومى اى عن طلب الطلاق تقنعى من القناعة او من القناع وهى الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوى اقنعى بما رزقك الله منى من امر المعيشة واتركى سؤال الطلاق او اشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق اذالتقنع يزينك والتكشف يشينك * وكذا قوله استبرئى وتخمرى * وهو المراد من قوله وما يجرى هذا المجرى وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد او السب احتمال الرد فى السبعة المذكورة مثل اخرجى اذهبى واحتمال السب فى الخمسة المذكورة التى فى اوائل الثمانية وهى خلية برية بائن بتة حرام فقوله انت خلية نسبة الى الشراى خلية من الخير برية من حسن الخلق او افعال المسلمين بتة اى لا اصل لك او مقطوعة عن الخيرات حرام الصحبة او العشرة لسوء خلقك **قوله** وعن ابيبوسف رحمه الله الى قوله يصدق فى حالة الغضب الحق ابو يوسف رحمه الله خمسة الفاظ اخرى وهى خليت سبيلك وفارقتك ولاملك لى عليك ولاسبيل لى عليك والحقى باهلك بتلك الخمسة المذكورة التى تحتمل السب لان فيها معنى السب ايضا فقوله لاملك لى عليك اى لانك اقل * * * * من

والدلالة

والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولايقع فى عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل فى حقائقها والشرط اى شرط النية تعيين احد نوعى البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة * وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى (ولا تصح نية الثنتين عندنا) خلافا لزفر رحمه الله تعالى لانه عدد وقد بيناه من قبل (وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقى حيضا دين فى القضاء) لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته فى العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له * * * * * * * * وان قال

من ان املكك او انسبك الى نفسى بالملك ولاسبيل لى عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك كراهة منى لصحبتك ولاالتفت اليك بعد هذا السوء خلقك وفارقتك اى فى المسكن لسوء خلقك والحقى باهلك بمعنى فارقتك * ولما كان فى هذه الالفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق وحالة الغضب تدل على ذلك كان متدينا فى القضاء اذا قال لم ارد الطلاق * فالحاصل ان الفاظ الكناية عشرون فى الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين فى سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق فى الكل قبل ذكر الطلاق وهى اخرجى واخواته وفى غير السبعة لايصدق بعد ذكر الطلاق وهى ثلثة عشر لفظا خلية برية بتة بائن حرام اعتدى اختارى امرك بيدك ويصدق فى العشرة وهى الخمسة المذكورة فى ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية ابى يوسف رحمه الله * والالحاق المروى عن ابى يوسف رحمه الله رواية الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسى ورواية الايضاح * واما رواية الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله ورواية الفوائد الظهيرية فالخمسة المروية عن ابى يوسف رحمه الله ملحقة بالالفاظ التى لايدين الزوج فى حالة الغضب ايضا كما لا يدين فى حالة مذاكرة الطلاق وهى اعتدى اختارى امرك بيدك **قوله** والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها وهذا لانه لو اراد ان لا يقع فى عدتها بالرجعة بلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البينونة الحقيقية لان فى الغليظة ان لم يقع فى عدتها بالرجعة بلا قصد بان قبلته بشهوة ينسد عليه باب التدارك بالنكاح وهو يحتاج الى ان يتحقق له هذان الامران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصد وعدم انسداد باب التدارك ولاذلك الا بثبوت الواحدة البائنة وكان القياس فى الصريح هكذا الا ان الرجعة بعده ثبتت نصا بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نصا لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه وهذه ليست فى معناه لان تأثير هذه الالفاظ فى المحل اكثر **قوله** وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قول الشافعى رحمه الله لانها كنايات عن الطلاق **قوله** والشرط تعيين احد نوعى البينونة المراد من نوعى البينونة هنا البينونة عن النكاح وعن غيره لا البينونة عن النكاح خفيفة وغليظة * هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله انه يشترط نية الطلاق ولو لا ان الواقع طلاق لما احتيج الى نية الطلاق او هو جواب لسؤال يرد على قولنا و ليست كنايات وهو انها لولم يكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين احد انواع البينونة لما تزاحمت جهات البينونة **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة الى قوله فى اوائل باب ايقاع الطلاق * ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا الى آخره * وقوله انما تصح نية الثلث جواب سؤال ايضا وهو ان لفظ البائن لو كان * عاملا

(وان قال لم انو بالباق شيئا فهى ثلث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلايصدق فى نفى النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لايقع شئ لانه لاظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لايقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انمايصدق مع اليمين لانه امين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم بالصواب

عاملا بنفسه لما صح نية الثلث عندكم كما لاتصح نية الثلث فى قوله انت طالق عندكم لانه عامل بنفسه * قلنا صح نية الثلث لتنوع البينونة الى خفيفة وغليظة **قوله** وان قال لم انو بالباق شيئا فهى ثلث لانه لما نوى بالاولى وقوع الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلايصدق فى نفى النية اى قضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما اذا قال نويت بالكل تطليقة واحدة فهى كذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما فى القضاء فهى ثلث لانه لما نوى الطلاق بهن صار كانه قال انت طالق انت طالق انت طالق ولو قال ذلك وقال عنيت به التكرار صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولايصدق فى القضاء لان التكرار يدخل فى الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لانه لايفيد والقاضى مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولايصدق قضاء * فان قيل ينبغى ان لايقع فى قوله لم انو بالباق شيئا لان الكلام متى امكن حمله على الحقيقة لايجوز حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف فى مسئلة لااشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لايحنث ابدا وهنا امكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فاولى ان لايقع * قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا * وذكر الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله والامام قاضيخان رحمه الله هذه المسئلة على اثنى عشر وجها * احدها ان يقول لم انو الطلاق بشىء منها وفى هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثانى ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين شيئا اويقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا اويقول نويت بالكلمات كلها الطلاق ففى هذه الوجوه تطلق ثلثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقى طلاقا نوى اولم ينو لان الاولى رجعى فيلحقه الباقى * والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين فى القضاء لما ذكر فى الكتاب * والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو مدين ايضا فى القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا * والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم انو بالثانية شيئا فانها تطلق ثنتين فى هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينو فيه شيئا فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئا وعنيت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى والثانية فلايقع بهما شىء وانما يقع بالثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهى واحدة * والحادى عشر هو ان يقول لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا فهى ثنتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى فلايقع بها شئ والثانية صارت طلاقا بالنية والثالثة ذكرت فى حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقا * والثانى عشر اذ قال اعتدى ثلثا وقال نويت بالثلث ثلث حيض فهو كما قال فى القضاء امانية الطلاق فى قوله اعتدى صحيح لما قلنا ويلزمها الاعداد بثلث حيض فكان الظاهر شاهدا فيما نوى ونصب الثلث دل على ذلك كانه قال بثلث حيض والله اعلم بالصواب * باب

باب

باب تفويض الطلاق

فصل فى الاختيار

(واذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق اوقال لها طلقى نفسك فلها ان تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها) لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة لان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما (ويبطل خيارها بمجرد القيام) لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض * ثم لابد من النية فى قوله اختارى لانه يحتمل تخييرها فى نفسها ويحتمل تخييرها فى تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها فى قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس ان لايقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لايملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه فى حق هذا الحكم *ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك فى البائن * * * * * ولا

باب تفويض الطلاق

فصل فى الاختيار

قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمرو جابر وزيد وعائشة رضى الله عنهم قالوا فى الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادام فى مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلاخيار لها **قوله** ولانه تمليك الفعل منها * فان قيل ينبغى ان لايبقى للزوج ولاية التطليق بعد التمليك كما فى تمليك الاعيان* قلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ من المحال ان يقوم ملك التطليق القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقوم بها مثل ماقام به فصار بمنزلة التوكيل حيث بقيت الولاية للموكل وكان القياس ان يبقى بعد المجلس الا انه اقتصر على المجلس لما ذكرنا من اجماع الصحابة رضى الله عنهم على انانقول التضايق انما يكون فى الاعيان المحسوسة فان العين المحسوسة اذا كان كله مملوكا لاحد استحال الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لاتضايق فى الولايات الشرعية الاترى ان الاخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج اختهما كملا **قوله** والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس وانما كان كذلك دفعا لضرر الملك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وكذا البائع يتضرر بخيار القبول بعد مرور الايام اذ البائع لايطلب مشتريا آخر اعتمادا على قبوله **قوله** لانه لايملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لوقال اخترتك من نفسى او اخترت نفسى منك لايقع شئ **قوله** ثم الواقع بها بائن وهو قول على رضى الله تعالى عنه * وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما واحدة رجعية *وعلى قول زيد رحمه الله اذا اختارت نفسها فثلث فكانه حمل هذا على اتم مايكون من الاختيار وعمر وابن مسعود حملاه على ادنى مايكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكنا نأخذ فى هذا بقول على رضى الله تعالى عنه كذا فى المبسوط **قوله**

(ولايكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لايتنوع بخلاف الابانه لان البينونة قد تتنوع (ولابد من ذكر النفس فى كلامه اوفى كلامها حتى لوقال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لايصلح تفسيرا للمبهم ولاتعيين مع الابهام (ولوقال اختارى نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته (وكذا لوقال اختارى اختيارة فقالت اخترت) لان الهاء فى الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد لان اختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه (ولوقال اختارى فقالت قد اخترت نفسى يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولوقال اختارى فقالت انا اختار نفسى فهى طالق) والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت انا اطلق نفسى * وجه الاستحسان حديث عائشة رضى الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبى صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة فى الحال وتجوز فى الاستقبال كما فى كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسى لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولاكذلك قولها انا اختار نفسى لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها (ولوقال لها اختارى اختارى اختارى فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولايحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة) وانما لايحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر * لهما ان ذكر الاولى ومايجرى مجراه ان كان لايفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد * وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لاترتيب فيه * * * * * * * *

قــــوله ولايكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لايتنوع لانه ينبئ عن الخلوص والصفوة وذلك لايتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لايزداد هى بانضمام شئ آخر به ولان الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص وثبوت البينونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولاخلاف فى الواحدة فثبتت بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وبخلاف الامر باليد فان الامر اسم عام يتناول كل شئ قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد الاشياء كلها وبخلاف قوله طلقى نفسك فانه مختصر قوله افعلى فعل التطليق فكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلث فقد نوى العموم فيصح قــــوله ولابد من ذكر النفس اى نفس المرأة اومايقوم مقام ذكر النفس من التطليق او الاختيارة اوما يكون كناية عن ذلك فى كلامه اوكلامها بان قال لها الزوج اختارى نفسك اوقال لها اختارى اختيارة وقالت اخترت ابى او امى او اهلى او الازواج وكان القياس فى قولها اخترت ابى اوامى ان لايقع شئ لانه لم يوجد فى لفظها مايدل على اختيار البينونة لكنا نستحسن فنوقع لان الزوج لوقال لها الحقى باهلك ونوى الطلاق يكون طلاقا فكذلك اختيارها الانضمام اليهم اختيار للبينونة كذا فى الايضاح قــــوله لان اختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة بان قال لها اختارى نفسك بطلقة ويتعدد اخرى بان قال لها طلقى نفسك بماشئت او اختارى نفسك بثلث تطليقات والتفرد والتعدد من خواص الطلاق اما اختيارها زوجها فانه لايتعدد لانه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد قــــوله وجه الاستحسان حديث عائشة رضى الله عنها وهو ما روى لما نزل قوله تعالى ياايها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الآية * بدأ رسول الله بعائشة رضى الله تعالى عنها فقال لها * * * * * * انى مخبرك

كالمجتمع فى المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلث فى قولهم جميعا) لانها للمرة نصا فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلث فمع التأكيد اولى (ولوقالت قد طلقت نفسى اواخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة (وان قال لها امرك بيدك فى تطليقة او اختارى تطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة يملك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهى معقبة للرجعة والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

انى مخبرك فلاتجيبينى حتى تستأمرى ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت انى هذا استأمر ابوى لابل اختار الله ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام هذا الكلام منها ايجابا بخلاف قولها اطلق نفسى لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة لانه لاحال ههنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه **قوله** كالمجتمع فى المكان فالقوم اذا اجتمعوا فى مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب فى فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا فاذا لغا ذلك بقى قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما يصلح نعتا للتطليقة يصلح نعتا للاختيارة الحاصلة منها *ولو اقتصرت على قولها اخترت كان جوابا للكل فلايتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف مالو اختارت التطليقة لان التطليقة لا تتناول الثلث فاذا لغا ذلك فى حق الاصل وهو الترتيب لغا فى حق البناء وهو الافراد بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث * فان قيل فاذا لغا فى حق الترتيب بعدم امكانه فلم يلغو فى حق الافراد وهو ممكن * قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فمتى لغا الاصل لغا ما فى ضمنه ضرورة * فان قيل فينبغى ان لايقع شئ لانه لما لغا ذكر الترتيب بقى قولها اخترت وبهذا اللفظ لايقع الطلاق مالم تقل اخترت نفسى * قلنا هذا اذا لم يكن فى لفظ الزوج مايدل على تخصيص الطلاق وهنا فى لفظه مايدل على ذلك وهو قوله اختارى ثلث مرات وقيل لابد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب **قوله** فهى واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة * ومثله فى بعض نسخ الجامع الصغير الصواب انه لايملك الرجعة وهكذا ذكر فى الجامع الكبير لان الاعتبار لجانب التفويض الاترى انه لو امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج **قوله** وان قال لها امرك بيدك فى تطليقة او اختارى تطليقة فاختارت نفسها اى قالت اخترت نفسى فهى واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهى معقبة للرجعة *فان قيل قوله امرك بيدك او اختارى يفيد البينونة فلايجوز صرفها عنه الى غيرها * قلنا لما قرنه بالصريح علم انه اراد به الرجعى كما لوقرن الصريح بالبائن بان قال انت طالق بائن فانه يتبين به انه اراد به البائن * فان قيل لوكان جعل لها الاختيار بتطليقة كان قوله هذا فى التقدير بمنزلة قوله طلقى نفسك وقد ذكرنا ان قولها اخترت لايصلح جوابا لقوله طلقى نفسك * قلنا آخر كلامه لما صار تفسيرا للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضى خان رحمه الله فى الجامع الصغير والله تعالى اعلم بالصواب * * * * فصل

فصل فى الامر باليد

(وان قال لها امرك بيدك ينوى ثلثا فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث (ولو قالت قد طلقت نفسى واحدة او اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو فى الاولى الاختيارة وفى الثانية التطليقة الاانها تكون بائنة لان التفويض فى البائن ضرورة ملكها امرها وكلاهما خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة فى التفويض مذكورة فى الايقاع * وانما تصح نية الثلث فى قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختارى لانه لايحتمل العموم وقد حققناه من قبل (ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر فى يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر * وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد * قلنا الطلاق لايحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فتوقت الامر بالاول وجعل الثانى امرا مبتدأ (ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك وان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فى الغد) لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لاينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك فى يومين * وعن ابى حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر فى اليوم لها ان تختار نفسها غدا * * * * * * *

فصل فى الامر باليد

قــــوله وهو فى الاولى الاختيارة وهو قولها قد اخترت نفسى بواحدة وفى الثانية التطليقة وهو قولها قد طلقت نفسى بواحدة وانما كان كذلك لان الواحدة صفة فلابد لها من موصوف وهو محذوف فوجب اثبات ذلك على حسب ما يدل عليه المذكور السابق والمذكور السابق فى الاولى قولها اخترت فيجب اثبات الاختيارة التى تدل عليها اخترت وفى الثانية طلقت فيجب اثبات التطليقة ولا يجوز ان يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسى مرة واحدة لانه لادليل عليه * فان قيل يدل عليه قوله امرك بيدك اذ هو التفويض العام * قلنا اثبات التطليقة اولى لكونها متيقنا بها قــــوله لان التفويض فى البائن ضرورة ملكها امرها اى الزوج ملكها امرها بقوله امرك بيدك ولاتملك امرها الا اذا فوض اليها البائن فيصير التفويض فى البائن ضرورة قــــوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وقوله بعد ذلك اذا ذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول الليل تعليل لقوله لم يدخل فيه الليل ولما كان بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر علم انه ليس المراد بذكر الوقت الثانى امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب امر آخر فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به الامر الآخر اذ لاضرورة فيه وقــــوله وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لاينقطع يريد به ان تخلل الليلة لايجعلهما مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولاتنقطع مشورتهم ومجلسهم * وقال زفر رحمه الله اذا قال امرك بيدك اليوم وبعد غد فانه امر واحد كما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد * قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فيتوقت الامر الاول بالوقت الاول وجعل الثانى امرا مبتدأ لانه يتخلل بينهما ما ليس * * * * * * * * بوقت

لانها لاتملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع * وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لايبقى لها الخيار فى الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين شيئين لايملك الاختيار احدهما * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلان ماتقدم (وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضى بانقضاء وقته (واذا جعل امرها بيدها اوخيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر فى يدها مالم تأخذ فى عمل آخر) لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه (ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها) لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولايعتبر مجلسه لان التعليق لازم فى حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لايشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول * * * * * * * * * * *

بوقت للامر فبرد الاول لا يرتد الثانى والطلاق لا يحتمل التوقيت وجاز ان يكون فى اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا يحتاج الى طلاق آخر قـــوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع اى ليس للمراة ان تقول لا اقبل الامر باليد فيكون الامر فى يدها من غير قبول منها فلا يرتد بردها كما انه ليس لها ان تقول لا اقبل ايقاع الطلاق بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرتد بردها جعل ردها الامر فى اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس او اشتغالها بعمل آخر * وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور ههنا بمنزلة المجلس فى قوله امرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج الامر من يدها وان بقى المجلس فههنا اذا اختارت زوجها يخرج الامر من يدها ايضا وهذا لان لها الخيار بين ان تختار نفسها بايقاع الطلاق وبين ان تختار زوجها برد الامر ولو اختارت نفسها طلقت ولم يبق لها خيار فى الغد فكذلك اذا اختارت زوجها لايبقى لها الخيار فى الغد * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد لها ان تختار نفسها جعل شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه هذه الرواية صحيحة قـــوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد حققناه من قبل اى فى فصل اضافة الطلاق قـــوله وان كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التمليك فيه معنى التعليق * فان قيل لما كان فيه من معنى التعليق ينبغى ان لايعتبر مجلسها كما لايعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليك كان ينبغى ان لايتوقت * قلنا التمليك فيه معتبر بتمليك المنافع كالاجارة والعارية لابتمليك الاعيان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان كانت للتمليك فكذا هنا ولما لم يكن فى الامر المطلق توقيت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان قـــوله بخلاف البيع حيث لايتوقف فيه الايجاب على ما وراء المجلس ويعتبر مجلس البائع ويصح رجوعه قبل القبول لانه تمليك محض لايشوبه التعليق * * * * * * قـــوله

ومرة بالاخذ فى عمل آخر على مابيناه فى الخيار (ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام) لانه دليل الاعراض اذالقيام يفرق الرأى بخلاف مااذا مكثت يوما ولم تأخذ فى عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه اويدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لامطلق العمل (ولوكانت قائمة فجلست فهى على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلايكون اعراضا كما اذا كانت محتبئة فتربعت قال رضى الله تعالى عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر فى غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لاخيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا * والاول هو الاصح * ولوكانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابى يوسف رحمه الله تعالى (ولوقالت ادعوا بى استشيره اوشهودا اشهدهم فهى على خيارها) لان الاستشارة لتحرى الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلايكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة اوفى محمل فوقفت فهى على خيارها) وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها (والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لايقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر والله تعالى اعلم بالصواب

قــــوله ومرة بالاخذ فى عمل آخر اى عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لانفس العمل حتى لوشربت ماء لايبطل الامر لانها قد شربت لتتمكن من الكلام ففى حال المشاجرة والخصام قد يجف الفم فلايقدر على الكلام ما لم يشرب فلايكون ذا دليل الاعراض وكذلك ان اكلت شيئا يسيرا من غير ان يدعوا بالطعام اولبست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك المجلس اوسبحت اوقرأت آية اوكانت فى مكتوبة فاتمت اوفى تطوع فاتمت الشفع ولوشرعت فى شفع آخر خرج الامر من يدها * وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى الاربع قبل الظهر انها بمنزلة صلوة واحدة والوتر كالمكتوبة لان ذا عمل قليل بخلاف ما اذا دعيت بطعام فاكلت اونامت اوامتشطت اواغتسلت اواختضبت اوجامعها زوجها لاشتغالها بعمل آخر لاتحتاج اليه وليس ذا من عمل الاختيار * وكذا يعتبر مجلسها فى قوله لها اختارى نفسك وفى قوله طلقى نفسك وانت طالق ان شئت وفى قوله لاجنبى امر امرأتى بيدك اوقال له طلقها اذا شئت اوان شئت او امر امرأتى بيدك فى ان تخلعها وكذا فى قوله اعتق عبدى اذا شئت بخلاف الوكيل بالبيع اذا قيل له بعد ان شئت حيث لايقتصر على المجلس لان البيع لايحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى ضرتك لانه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه قــــوله والاول هو الاصح لان الاتكاء استناد والاستناد اجمع للرأى ولان الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ما هو الثابت للجالس قــــوله والسفينة بمنزلة البيت لايبطل خيارها بسيرها لان سيرها غير مضاف الى راكبها قال الله تعالى وجرين بهم وهى تجرى بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى راكبها فان اوقفت الدابة واختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد * وكذلك ان كان معها على تلك الدابة اوكانا فى محمل واحد * وهكذا الجواب فى البيع ان اتصل قبول المشترى بايجاب البائع من غير سكتة بينهما فى هذا الفصل ينعقد البيع والا فلا كذا فى المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب فصــــل

فصل



فصل فى المشية

(ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولانية له اونوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلقى معناه افعلى فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعى (ولو نوى الثنتين لا تصح) لانه نية العدد (الا اذا كانت المنكوحة امة) لانه جنس فى حقها (وان قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسى طلقت ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق) لان الابانة من الفاظ الطلاق الاترى انه لو قال لامرأته ابنتك ينوى به الطلاق او قالت ابنت نفسى فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض فى الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قال طلقت نفسى تطليقة بائنة وينبغى ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الاترى انه لوقال لامرأته اخترتك اواختارى ينوى الطلاق لم يقع (ولوقالت ابتداء اخترت نفسى فقال الزوج اجزت لايقع شئ) الاانه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقى نفسك ليس بتخيير فيه فيلغو * وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه لايقع شئ بقولها ابنت نفسى لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (وان قال لها طلقى نفسك فليس له ان يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم (ولو قامت عن مجلسها بطل) لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقى ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع * * * * * * * * * * * * * وان قال

فصل فى المشية

قوله وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها لان قوله طلقى مختصر من افعلى فعل التطليق والمختصر من الكلام كالمطول وقد صحت نية الثلث فى المطول فكذا فى المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدر لكنه فى الاصل اخبار عن طلاق سابق فيقتضى طلاقا تصحيحا لاخباره والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة وما ثبت ضرورة لايعدو موضعها والضرورة تندفع بطلاق واحد فلا يثبت الزائد كما فى قوله انت طالق * واما فى قوله طلقى نفسك فامر بالتطليق وضعا لا ضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل حتى اذا نوى الكل صح كما لو حلف ان لايشرب الماء * ولو قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسى طلقت وكذا لو قالت انا حرام اوبائن اوبرية اوبتة * وقالوا لايصح منها البائن على قياس قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى كما لو امرها بواحدة فطلقت ثلثا اوثلثا فطلقت الفا او نصف تطليقة او الفا فطلقت ثلثا يقع وان كانا فى الحكم سواء لانه يعتبر اللفظ كذا فى الجامع الصغير للتمرتاشى رحمه الله *ويمكن ان يقال هنا موافقة فى الاصل فجعل جوابا * وفى قوله طلقى نفسك نصف تطليقة مخالفة فى الاصل اذ النصف الزائد اصل او اتت بغير ما فوض اليها لان المفوض اليها نصف الطلاق الذى يكون ساريا وفى الباقى مخالفة فى الايجاب حين اتت بغير ما فوض اليها من الايجاب **قوله** وينبغى ان تقع تطليقة رجعية هذا شرح لا طلاق جواب محمد رحمه الله تعالى عليه وهو قوله طلقت فان محمدا رحمه الله لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعيا نظرا الى الاطلاق وهو المتيقن **قوله** بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق * قوله

(وان قال طلقى نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها فى المجلس وبعده) لان كلمة متى عامة فى الاوقات كلها فصار كما اذا قال فى اى وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتى فله ان يطلقها فى المجلس وبعده وله ان يرجع) لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولايقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لاتوكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها فى المجلس خاصة) وليس للزوج ان يرجع * وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت * ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذى ينصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق * * * * بخلاف

قــــوله وان قال لها طلقى نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقى ضرتك لانه توكيل وابانة فلايقتصر على المجلس ويقبل الرجوع * فان قيل فى قوله طلقى ضرتك معنى التعليق ايضا فكان ينبغى ان يقع لازما فى جانبه ولايقبل الرجوع * قلنا لايمكن اعتبار التعليق فى ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود الجائزة فلو اعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقته فيؤدى الى ابطال ما فى ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلايم التعليق فاعتبر قوله قــــوله وانه استعانة فلا يلزم اى فى جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس اى فى جانب الوكيل وهذا لانه امر بايقاع الطلاق والامر لايقتضى الائتمار على الفور اعتبار اباوامر الشرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لئلايعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره فى حاجته لكون التصرف له لاعليه فلو الزمناه فربماتزول حاجته فيصير التصرف عليه فيتضرر به ولان الوكيل يعمل للموكل وفى لحوق المنة ضرر فله ان يرجع قــــوله قال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء هو قوله لرجل طلق امرأتى قــــوله والمالك هو الذى ينصرف عن مشيته * فان قيل لو قال لاجنبى طلق امرأتى كان الوكيل متصرفا ايضا عن مشية واختيار فلم لايكون تمليكا * قلنا انما نشأ ذلك الاختيار والمشية من عدم نفاذ الزام الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صدرت من ذى ولاية ولما قال للاجنبى ان شئت فالمشية جاءت من الصيغة صريحا واثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتمليك لا للالزام الاترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاما وكان تمليكا بخلاف المشية الثابتة للوكيل فى عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا فى المشية المستفادة من الصيغة * والحاصل ان المشية نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار فى الفعل بمعنى نفى الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشية * والنوع الثانى الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك اوترك الفعل والايثار ينبئ عن استحسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنه وانه معنى آخر وراء المشية بمعنى نفى الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشية بهذا الاعتبار لان الموكل هو الذى يؤثر الفعل والترك والموجود من الموكل فى حق الوكيل ليس الا استعارة اللسان وتحصل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر فى مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره وقطع تدبيره ورأيه فى مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لاصفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكا لاتوكيلا فتبين بهذا ان التصريح بالمشية ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشية صار تمليكا بعد ان كان توكيلا وانها غير محمولة على نفى الاضطرار بل على المعنى الثانى وهو الذى يوجبها الزوج ويثبتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذلو حملت على نفى الاضطرار لم يفد الاماافاده السكوت عن ذكر المشية وفيه الغاء تصرف العاقل * * * وهذا

بخلاف

(بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقى نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لانها ملكت ايقاع
الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شئ
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة) لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا
* ولابيحنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة مجيبة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة
والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما
مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى المسئلة الاولى لانها ملك
الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا (وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت
بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج) فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقى
نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسى واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف
كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لهاطلقى نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت
نفسى واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة للمفوض اليها
فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف * * * * * * * فصار

وهذا بخلاف البيع لان تمليك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطليق وفى قوله طلقها
ان شئت تمليك فيه تعليق الطلاق بالمشية والطلاق يحتمل ذلك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغو
ذكر المشية فيه **قوله** بخلاف البيع لانه لا يحتمله * فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل
قابل للتعليق * قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** والثلث غير الواحدة وهذا لان
الثلث غير الواحدة لفظا وكذا حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلث دون الواحدة وكذا اختلفا فى وقت
الوقوع لان وقت وقوع الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت ووقت وقوع الثلث بعد الفراغ عن قوله ثلثا
فاذا ثبتت المغايرة بينهما فى اللفظ والحكم ووقت الوقوع يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل
فى هذا ان المراة تصلح ان تكون مجيبة للزوج بما فى ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون مجيبة بما فى ضمن
كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة فى المتضمن لم تصلح مجيبة فيما فى
ضمنه وهذا لان الواحدة من الثلث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان المتضمن
متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال انت برية
فى حال مذاكرة الطلاق لا يقضى بشىء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة فى المضمون وهذا
بخلاف ما اذا طلق الزوج الفا لانه يتصرف بحكم الملك فصح تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك الاترى
ان الزوج اذا طلق امرأته على غير وجه السنة يقع لانه بحكم الملك * ولو قال لها طلقى نفسك للسنة
فطلقت لا على وجه السنة لا يقع لانها ملكت بالتفويض فتملك بقدر مافوض اليها **قوله** لانها اتت
بالاصل وهو قولها طلقت نفسى وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة * فان قيل اذا قال لها طلقى نفسك
واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت نفسى ثلثا واقعة فى قولها طلقت نفسى حتى لو اقتصرت عليه
تكون ممتثلة * وانما خالفته فى قولها ثلثا فكان ينبغى ان يلغى الثلث وتكون ممتثلة فى ايقاع الواحدة
عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه * قلنا الطلاق متى قرن بالعدد * * * * فالوقوع

فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التى عينها الزوج بائنا اورجعيا (وان قال لها طلقى نفسك ثلثا ان شئت وطلقت واحدة لم يقع شیٔ) لان معناه ان شئت الثلث وهى بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابى حنيفة رحمه الله) لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها * وقالا تقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهى اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لايعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لاتعمل فى غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبیٔ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لاينبیٔ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابى اوشئت ان كان كذا لامر لم يجیٔ بعد لما ذكرنا ان المأتى به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت) * * * * * * * * * * * * * * لان

فالوقوع بالعدد لابلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وكذا لوماتت قبل قوله ثلثا لايقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة فى كلمة الايقاع لم يقع عليها شیٔ بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها ابنت نفسى معناه طلقت نفسى تطليقة بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسى لا بذكر صفة البينونة وهى فى ذلك ممتثلة امره **قوله** فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التى عينها الزوج بائنا وهذا لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف وانها اتت بذات ما فوض اليها وخالفت فى الوصف فصارت موافقة فى الاصل مخالفة فى الوصف ولايجوز ابطال الاصل للوصف فيقع الاصل ويستتبع الوصف الذى ذكر الزوج يحققه انها لو اقتصرت على قولها طلقت فى المسئلتين يصلح جوابا للزوج فى وقوع ما امر به الزوج وقولها بائنة او رجعية زائدة فيلغو بخلاف المسئلة المتقدمة فانها بايقاع الثلث لم تأت بعين ما فوض اليها على ما ذكرنا فلا يصلح ان تكون مجيبة **قوله** ولايقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق * فان قيل ينبغى ان يقع لانه مسبوق بذكر الطلاق فصار كانه قال شئت طلاقك فيقع * قلنا الكلام المبهم انما ينبیٔ على ما سبق اذا ما اعتبر السابق والسابق هنا غير معتبر لاشتغالها بما لايعنيها حتى لو قالت شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ لان المشية ينبیٔ عن الوجود فمعنى قوله شئت ذاك حصلته وتحصيل الطلاق بايقاعه الا انه لابد من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلايقع الطلاق بالشك بخلاف قوله اردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام الحمى رائد الموت اى طالبه وفى المثل السائر الرائد لا يكذب اهله اى طالب الكلاء وليس من ضرورة الطلب الوجود * فان قيل اليس ان الارادة والمشية سيان عند اهل السنة * قلنا جاز ان يكون بينهما تفرقة نظرا الينا وتسوية نظرا الى ربنا لان ما شاءه اوطلبه يكون لا محالة بخلاف العباد * وذكر فى المحيط واذا قال لها شئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام فى شرحه انه يقع الطلاق ولم يشترط نية الايقاع * وفى المبسوط رجل قال لامرأته شائى الطلاق ينوى به الطلاق فقالت قد شئت فهى طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لما بينا ان مشيتها من عمل قلبها كاختيارى فهذا بمنزلة قوله اختارى الطلاق فقالت اخترت * * * * * * * * وهناك

ولان

لان التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) * اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهى عامة فى الاوقات كلها كانه قال فى اى وقت شئت فلا تقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق فى الوقت الذى شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق فى كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق * واما كلمة اذا واذا ما فهى ومتى سواء عندهما وعند ابى حنيفة رحمه الله وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل (ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا) لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال (الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شیء) لانه ملك مستحدث (وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا فى كلمة واحدة) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا (ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها) لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس * * * * * بخلاف

وهناك ان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك ههنا فان قال احبى الطلاق او اريدى الطلاق او اهوى الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمن فكانه قال لها تمنى الطلاق فقالت تمنيت لا يقع **قوله** لان التعليق بشرط كائن تنجيز اى بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأتى طالق وان كان زيد فى الدار والحال انه فى الدار يقع الطلاق * فان قيل لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان تنجيزا فيما اذا قال الرجل هو يهودى ان كنت فعلت كذا امس وهو يعلم انه قد كان فعله ولو كان تنجيزا لوجب تكفيره ولم يجب * قلنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمة الله تعالى عليه اختلف المشايخ فى هذه المسئلة فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل فى المستقبل فكذا اذا حصل التعليق بفعل فى الماضى تحاميا عن تكفير المسلم **قوله** لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك يعنى لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج والامر كان فى يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان يحمل على الشرط فى هذه الصورة تصحيحا للرد قلنا انما يحمل على الشرط اذا كان الرد صادرا ممن كان التعليق صادرا منه وهذا لان ارادة الشرط يختص بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحا للرد كذا فى الفوائد الظهيرية **قوله** والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو *فان قيل اذا لغا ذكر المكان يبقى قوله انت طالق ان شئت فينبغى ان يقع ولا يبطل بالقيام عن المجلس يدل عليه ما لو قال لها انت طالق دخلت الدار يقع الساعة قلنا يحملها على الشرط لتأخير بين الظرف والشرط لان كل واحد منهما يفيد ضربا من التأخير فحملا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جعل مجازا عن حرف الشرط فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا * * * ومتى

بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما (وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة) معناه قبل المشية (فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال) لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة اوعلى القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير * قال رضى الله تعالى عنه قال فى الاصل هذا قول ابيحنيفة رحمه الله وعندهما لاتقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية اوبائنة اوثلثا * وعلى هذا الخلاف العتاق * لهما انه فوض التطليق اليها على اى صفة شاءت فلابد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية فى جميع الاحوال اعنى قبل الدخول وبعده * ولابى حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض فى وصفه يستدعى وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه

ومتى حتى لايبطل بالقيام * قلنا جعلها مجازا عن حرف ان اولى لانها اصل فى الشرط خالص له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو اصل فى الشرط دون اذا ومتى لانهما لا يتمحضان للشرط قــــوله بخلاف الزمان لان له تعلقا به لان الطلاق لووقع يقع فى زمان دون زمان واما اذا وقع فى مكان كان واقعا فى جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لافائدة فى تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان والتعليق بالشئ لبيان الاختصاص به كما فى الافعال فوجب اعتباره خصوصا كما فى انت طالق ان شئت وعموما كما فى انت طالق متى شئت قــــوله وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها حتى لوشاءت ثلثا اوواحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما اوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين * اما على اصل ابيحنيفة رحمه الله فلانه اقامها مقام نفسه فى اثبات الوصف والزوج متى اوقع رجعيا يملك ان يجعله بائنا وثلثا عند ابيحنيفة رحمه الله فكذا المرأة تملك ان تجعل ماوقع بائنا وثلثا لان الزوج اقامها مقام نفسه فى اثبات الوصف * واما عندهما فكذا يملك ايقاع البائن والثلث فانه تفويض اصل الطلاق اليها على اى وصف شاءت * وعلى هذا الخلاف لوقال انت حر كيف شئت يعتق عنده فى الحال وعندهما يتوقف على المشية * والحاصل ان اصل الطلاق لايتعلق بمشيتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق اصل الطلاق ووصفه بمشيتها * لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على اى وصف شاءت وانما يكون كذلك اذا تعلق اصل الطلاق بمشيتها اما اذا لم يتعلق لايقع كيف شاءت بل يقع على خلاف ماشاءت لانه يقع رجعيا وماشاءت ان يكون رجعيا * وهذا لان كيف للاستيصاف عن الشئ فاذا اضافها الى المشية المضافة الى الطلاق فقد علق جميع اوصاف الطلاق بالمشية ولن يصير جميع الاوصاف معلقا بالمشية الا بعد ان يصير اصل الطلاق معلقا بها لانه متى وقع اصل الطلاق فى الحال لابد وان يستصحب بعض اوصافه لاستحالة وجود اصل الطلاق فى الواقع بدون الوصف ولانه لو لم يتعلق اصل الطلاق للغا قوله كيف شئت فى غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده * وله ان كيف للاستيصاف وذا لايتصور الابعد وجود اصله الاترى الى قول القائل* يقول خليلى كيف صبرك بعدنا* فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف* فاذا كان الاستيصاف يستدعى وجود الموصوف يقع اصل الطلاق قبل المشية قضية للاستيصاف لكن يثبت ادنى اوصافه ضرورة ان اصله لاينفك عن وصفه ويتعلق ماوراءه بالمشية وهذا لان قوله انت طالق ايقاع فلوثبت التعليق بمشيتها انما ثبت ضرورة التخيير واذا دخل فى الوصف لافى الذات وهذه اوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشية تعلق الذات بها وما قاله اولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص * * * بعض

وان

(وان قال لها انت طالق كم شئت اوما شئت طلقت نفسها ما شاءت) لانهماتستعملان للعدد فقد فوض اليها اى عدد شاءت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامركان ردا) لان هذا امرواحد وهو خطاب فى الحال فيقتضى الجواب فى الحال (وان قال لها طلقى نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة اوثنتين ولاتطلق ثلثا) عند ابى حنيفة رحمه الله وقالاتطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة مامحكمة فى التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييزفيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامى ما شئت اوطلق من نسائى من شئت * ولابى حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وماللتعميم فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة اظهار السماحة اولعموم الصفة وهى المشية حتى لوقال من شئت كان على الخلاف والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب الايمان فى الطلاق

(واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهى طالق) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لايقع لقوله صلى الله عليه وسلم لاطلاق قبل النكاح * ولنا ان هذه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلايشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفى التنجيز والحمل مأثورعن السلف كالشعبى والزهرى وغيرهما * واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار * * * * * * * * فانت

بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصاف اولى من تعليق اصل الطلاق بالمشية وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيصاف لان الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل **قوله** وان قال لها انت طالق كم شئت اوما شئت طلقت نفسها ماشاءت وذكر فى اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم عن مجلسها * فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا * قلنا قدروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها فى التنجيز واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشية العدد لامشية الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال فى عبد بين اثنين دبر احدهما نصيبه ان الاخر بالخيار ان شاءدبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء اعتقه وقد علمنا انه لايباح له اعتاق نصيبه وانما عنى به مشية القدرة لانه لواعتق نصيبه ضمن للآخر قيمة نصيبه مدبرا * وذكر فى الفوائد الظهيرية فى المسئلة التى تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها ثلثا على قولهما اوثنتين على قول ابى حنيفة رحمه الله لايكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو خرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا اوقع الزوج **قوله** فعمل بهما اى بالتبعيض والعموم فان الثنتين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة الى الثلث **قوله** بدلالة اظهار السماحة فى قوله كل من طعامى ماشئت **قوله** اولعموم الصفة اى فى قوله من نسائى من شاءت لانه وصفها بالمشية وهى عامة كما فى قوله لا اكلم الا رجلا كوفيا لا يحنث بالتكلم بجميع رجال كوفة والله تعالى اعلم بالصواب

باب الايمان فى الطلاق

قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح اى علق وقال الشافعى رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لاطلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان يزوجها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاطلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق * * * * * * * * * فلا

فانت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط فصح يمينا او ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه) لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة * * * *

فلا يملك تعليقها وهذا لان تأثير الشرط فى تأخير الوقوع الى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لاطلاقا اولان الطلاق يستدعى اهلية فى الموقع وملكا فى المحل * ثم قبل الاهلية لايصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبى اذا قال لامرأته اذا بلغت فانت طالق فكذلك قبل ملك المحل لايصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجابه قبل الملك يكون لغوا كما لوباع الطير فى الهواء ثم اخذه قبل قبول المشترى * ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلايتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله وهذا لان اليمين تصرف من الحالف فى ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه حملا اومنعا والملك فى المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة ومادام يمينا لم يلاق المرأة وانما يتعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك فى المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ماسيصير طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كالرمى فان عينه ليس بقتل والترس ليس مانعا ماهو قبل ولامؤخرا له بل هومانع ماسيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبرا الا بركنه ومحله لا يكون طلاقا قبل الوصول الى محله فاذا وجد الشرط صار طلاقا لوصوله الى محله * وبه فارق ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود ولانيقن لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولاهو مالك لطلاقها فى الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتيقن بوجود المحلوف به لان التزوج سبب لملك الطلاق ولوكان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز ان يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط اولى ان ينعقد اليمين وبان كان لايملك التنجيز لايدل على انه لايملك التعليق كمن قال لجاريته ان ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لايملك تنجيز العتق فى الولد المعدوم وكمن قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاق السنة وان كان لايملك تنجيزه فى الحال * وهذا بخلاف الاهلية فى المتصرف لانه لابد منه فى تصرف اليمين كما لابد منه فى تصرف الطلاق فاما الملك فى المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين * وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شطرى البيع وتصرف البيع قبل الملك لغوفاما الايجاب ههنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين * وتأويل الحديث ماروى عن مكحول والزهرى وسالم والشعبى رحمهم الله انهم قالوا كانوا فى الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لاطلاق قبل النكاح وحديث عبدالله بن عمر غير مشهور ولوثبت فمعنى قوله ان نكحتها اى وطئتها لان النكاح حقيقة للوطىء وبهذا لاتحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا كذا فى المبسوط **قــــوله** فصح يمينا اى عندنا او ايقاعا عند الشافعى رحمه الله * وحاصل الخلاف ان المعلق بالشرط لاينعقد سببا والتعليق تصرف فى السبب باعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا وعنده ينعقد سببا واثر التعليق فى تأخير الحكم فكان ايقاعا ولكن لم يثبت حكمه فى الحال **قــــوله** لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا اى غالب الوجود ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة وانما سمى الحلف يمينا لان الحالف يتقوى * * * على

والظهور

والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولابد من واحد منهما (والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان صرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وماوراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان مايليها اسم والشرط مايتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انها الحقت بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر * قال رضى الله تعالى عنه (ففى هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولابقاء لليمين بدونه الافى كلمة كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار (قال فان تزوجها بعد ذلك) اى بعد زوج آخر (وتكرر الشرط لم يقع شئ) لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط * وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل امرأة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور (قال وزوال الملك بعد اليمين لايبطلها) لانه لم يوجد الشرط فبقى والجزاء باق لبقاء محله فبقى اليمين (ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولايبقى اليمين * * * * * * * * لما

على حمل نفسه على الفعل او منعها عنه حذرا من ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمى باليمين ايضا ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل او المنع فيه حذرا من ان يلزمه الجزاء وهو الطلاق او العتاق * فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فهذا يمين وليس فيه معنى الحمل او المنع * قلنا العبرة للغالب الشائع ولا معتبر للافراد **قـــوله** والظهور باحد هذين اى كونه غالب الوجود فى الملك اوفى الاضافة الى الملك **قـــوله** لان الشرط مشتق من العلامة فى الصحاح الشرط بالتحريك هو العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا معنى قوله مشتق من العلامة مشتق من الشرط الذى هو بمعنى العلامة **قـــوله** الا فى كلمة كلما قال العلامة شمس الدين الكردرى رحمه الله لافرق بين كلمة كل وكلما كما بين حيث وحيثما ولكن نشأ الفرق بينهما من وجه آخر وهو ان كلمة كل دخلت على المرأة فيوجب عموم ما دخلت عليه فتعم اعيان النساء فاذا تزوج امرأة انحلت اليمين فى حقها لما انها اصابت من كلمة كل حصتها فكانها هى المحلوف عليها فقط فاذا تزوجها ثانيا فقد تزوجها بعد انحلال اليمين فلايقع كما لوقال ان تزوجت امرأة فهى طالق فلانطلق ثانيا بالتزوج الثانى واما كلما فانما دخلت على التزوج فيقتضى عموم التزوج ويلزم من عموم التزوج عموم النساء لان الفعل يفتقر الى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوج فى كلمة كل لان العين لا يفتقر الى العرض * * **قـــوله**

لما قلنا (وان وجد فى غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شىء) لانعدام المحلية (فان اختلفا فى الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان * والقياس ان لايقع لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها امينة فى حق نفسها اذ لايعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها (وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله فى نار جهنم فانت طالق وعبدى حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبينى فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولاتطلق صاحبتها) لما قلنا * * * * * * * *

قوله لما قلنا اشارة الى قوله وبقاء اليمين به وبالشرط **قوله** كما فى الدخول اى فى دخول الدار والقياس ان لايقع الطلاق عليها بقولها لانها تدعى شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا يصدق بلا حجة كما لو علق طلاقها بدخول الدار * وجه الاستحسان ان هذا الامر لايعرف الامن قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعى فيجب عليها ان تخبر كيلا يقع فى الحرام اذ صيانة نفسها وزوجها عن الحرام واجبة ولما كانت الصيانة واجبة كان طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهى المتعينة لاقامة هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مأمورة باظهار ما فى رحمها لان الكتمان حرام ليخرج عن عهدة الواجب ولانها صارت امينة من امناء الشرع فيجب قبول قولها لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله فى ارحامهن وقد تعلق بالاظهار احكام شرعية فصارت مأمورة بالاظهار ضرورة فاذا صارت مأمورة بالاظهار يجب قبول قولها ليفيد الاظهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتب الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها فى حق العدة اذا اخبرت بانقضائها بالحيض فى مدة تنقضى فى مثلها حتى يبطل حقه فى الرجعة وفى حق حرمة وطئها اذا اخبرت برؤية الدم وحل الوطىء اذا اخبرت بانقطاع الدم وكان ينبغى ان يقع الطلاق عليهما لانا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاق صاحبتها جزاء وهذا شرط لطلاقها ولكنا ندع القياس ونوقع الطلاق عليها دون صاحبتها بقولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة ليخرج عن عهدة الواجب اوليقع التفصى عن الحرام ولاضرورة فى حق صاحبتها والحكم بوقوع الطلاق فى حقها لا يكون حكما بوجود الشرط فى حق صاحبتها لانها شاهدة فى حقها بل متهمة فيجعل كان الطلاق وقع عليها لابقضية الشرط فى حق صاحبتها وغير ممتنع ان يقبل قول شخص فى حق نفسه ولايقبل فى حق غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين على الميت لرجل وكذبته بقية الورثة وكما اذا ثبت الملك للمستحق باقرار المشترى لم يرجع على البائع بالثمن **قوله** وكذلك لو قال ان كنت تحبينى الى قوله ولا تطلق صاحبتها غير ان هذه المسئلة تفارق المسئلة الاولى بوجهين * احدهما ان هذا يقتصر على المجلس ان اخبرت بذلك فى المجلس يقع ولايقع فى غير ذلك المجلس لانه اثبت التخيير حيث جعل الامر الى اختيارها بمحبتها وفى مسئلة الحيض لايقتصر لانه ليس فيه معنى التمليك بل هى نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر على المجلس * والثانى انها لوكانت كاذبة فيما قالت لايقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى فى مسئلة الحيض واما فى مسئلة المحبة فيقع لان حقيقة المحبة والبغض مما لايوقف عليهما من قبل احد * * * * * * * * * * لا

ولايتيقين

ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قدتحب التخليص منه بالعذاب وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففى حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهى المحبة (واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام) لان ما ينقطع دونه لايكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء (ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها) لان الحيضة بالهاء هى الكاملة منها ولهذا حمل عليه فى حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر (واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس فى اليوم الذى تصومه) لان اليوم اذاقرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار * * * * * * * * * وقد

لامن قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لايستقرعلى شئ فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقة والنوم مع الحدث فصار كل الشرط هو الاخبارعن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان له حقيقة واياما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا اخبرت كاذبة لايقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى المبسوط لفخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه **قـــوله** ولايتيقن بكذبها جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها فى حقها باعتبار الصدق فاذا اخبرت بمحبة العذاب ونحن نتيقن بكذبها فى ذلك وجب ان لايقبل قولها اصلا*فيقال لم نتيقن بكذبها فى ذلك فان الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار الم العذاب يختار ذلك فلم يكن كاذبة قطعا **قـــوله** فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت * وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخولة بها فانها لما رأت وتزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلثة ايام كان النكاح صحيحا لانقطاعها عن الزوج باول مارأت لا الى عدة وتظهر ايضا فيما اذا قال ان حضت فعبدى حر والمسئلة بحالها كان العبد حرامن حين رأت الدم حتى كان الاكساب للعبد وتظهر ايضا فى حق الجناية منه وعليه **قـــوله** ولهذا حمل عليه اى على الحيضة الكاملة فى حديث الاستبراء وهو قوله عليه السلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بالحيض وكمال الحيض بانتهائه وذلك بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة اوبالانقطاع والغسل او مايقوم مقام الغسل اذا كانت ايامها دون العشرة * وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض او الطهر الذى هو شرط وقوع الطلاق وهى فى تلك الحالة اما اذا لم تكن موصوفة بها فلا يصدق بيانه اذاقال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فمكثت عشرة ايام ثم قالت المرأة حضت حيضة فطهرت واغتسلت وكذبها الزوج فالقول فى ذلك قولها واما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى لايقبل قولها ولايقع الطلاق عليها لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها واذا قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة ايام ثم قال قد حضت منذ خمسة ايام وانا الآن حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا يصدق اذا كذبها الزوج والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة امينة فيما يخبر فيه من الحيض او الطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها فما دامت الاحكام قائمة كان الايتمان قائما من جهة الشرع فتصدق واذا كانت الاحكام منقضية كان الايتمان فائتا فلاتصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت الوديعة اوهلكت فانه يصدق ولا يشترط لتصديقه فيما اخبر به قيام الامانة لان المودع صار امينا من جهة صاحب المال صريحا وابتداء لالضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ايتمنه مطلقا اما المرأة انما صارت امينة فيما يخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ماذكرنا

وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولايدرى ايهما اول لزمه فى القضاء تطليقة وفى التنزه تطليقتان وانقضت العدة بالولد الاخير) لانها لوولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضى عدتها بوضع الجارية ثم لاتقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولوولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لايقع شئ آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا فى حال تقع واحدة وفى حال تقع ثنتان فلاتقع الثنتان بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا (وان قال لها ان كلمت ابا عمر وابا يوسف فانت طالق ثلثا فطلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت اباعمر ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهى طالق ثلثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله لايقع * وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان فى الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر اووجدا فى غير الملك فلايقع اووجد الاول فى الملك والثانى فى غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لاينزل فى غير الملك اووجد الاول فى غير الملك والثانى فى الملك وهى مسئلة الكتاب الخلافية * له اعتبار الاول بالثانى اذهما فى حكم الطلاق كشئ واحد * ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لاينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هى طالق بما بقى من الطلقات) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه * واصله ان الزوج الثانى يهدم مادون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لايهدم مادون الثلث فتعود اليه بمابقى وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى

قوله وقد وجد الصوم بركنه وهو الامساك عن المفطرات نهارا وشرطه وهو النية والاهلية **قوله** فولدت غلاما وجارية ان علما ان الغلام اول طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شئ وان علما ان الجارية اول طلقت ثنتين و ان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان قالا لاندرى طلقت واحدة قضاء وفى التنزه ثنتان وان ولدت غلاما وجاريتين فى بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهى طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت الغلام اولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدتها بولادة الاخرى كذا فى المبسوط ولو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان كان غلاما فثنتين فولدتهما لم يقع لان الحمل اسم لجميع ما فى البطن وما فى البطن ليس بغلام ولا جارية فلم يوجد شرط الحنث الا ترى انه لونظر الى جوالق فقال ان كان مافيه حنطة فامرأتى طالق وان كان ما فيه دقيقا فعبدى حر فاذا فيه دقيق وحنطة لم تطلق ولم يعتق ولو قال ان كان ما فى بطنك لزماه لوجود الشرطين والمراد بالتنزه التباعد عن مظان الحرمة **قوله** اذهما فى حكم الطلاق كشئ واحد من حيث ان الطلاق لايقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولوكان شرطا واحدا لما وقع فى غير الملك فكذلك ههنا **قوله** الا ان الملك يشترط حالة التعليق جواب سؤال وهو ان يقال لما كان محل اليمين الذمة ينبغى ان لايشترط الملك وقت التعليق فاجاب بذلك **قوله** وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك كما * * * * * * اذا

وان

(وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقى احتمال وقوعها فيبقى اليمين * ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هى المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع اوالحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلايبقى اليمين بخلاف مااذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله (ولوقال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان ولبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذاجامعتك فانت حرة) وعن ابى يوسف رحمه الله انه اوجب المهر فى الفصل الاوّل ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لايجب عليه الحد للاتحاد * وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لايجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذالوطئ لايخلو عن احدهما ولوكان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند ابى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولونزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق بالاجماع وهى مسئلة الهدم فيما دون الثلث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا علق الواحدة بدخول الدار ثم نجز طلقتين وتزوجت بزوج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لايثبت لتحقق الهدم **قوله** وقد بقى احتمال وقوعها اى بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر **قوله** ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك الطريق المعتمد فيه ان يقول بوقوع الثلث عليها خرجت من ان يكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار بستانا اوحماما لايبقى اليمين وكما اذا قال ان كلمت فلانا فامرأته طالق فمات فلان * فان قيل اليس انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع انه بالبيع لم يبق العبد محلا ليمينه وكذلك بقيت محلا للظهار بعد الطلقات الثلث كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت على كظهر امى فبانت بالثلث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار يثبت الظهار ولوطلقها ثنتين فى مسئلتنا ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلثا ولو تقيد الجزاء بذلك الملك لما عتق فى المسئلة الاولى ولما وقع الظهار ولما طلقت ثلثا هنا بل وقعت واحدة * قلنا العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم يفت تلك الصفة حتى لوفاتت بالعتق لم يبق اليمين واما الثانى فان محلية الظهار لا ينعدم بالطلقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة الى وجود الكفارة وهذه حرمة الى وجود مايرفعها وهو الزوج الثانى واما اذا طلقها ثنتين فالمحل باق اذ المحلية باعتبار صفة الحل وهى قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ماانعقد عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم ينعقد اليمين عليه قصدا **قوله** فى الفصل الاول اى فيما اذا لبث بعد الايلاج ولم يخرجه لوجود الاستمتاع فى غير الملك **قوله** لوجود الجماع بالدوام عليه لان الجماع عبارة عن الاجتماع وهو ثابت بالدوام عليه والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

فصل

فصـــل فى الاستثناء

(واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق اوعتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لايعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول) فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول * قال رضى الله تعالى عنه (وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافى الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء (وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثا الا ثنتين طلقت واحدة) * * * * والاصل

فصـــل فى الاستثناء

قـــوله واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع اختلفوا فى هذا الكلام شرط او ابطال * قال ابو يوسف رحمه الله شرط * وقال محمد رحمه الله ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط وهذا اعدام اصلا فلا يكون شرطا * فابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ ومحمد رحمه الله اعتبر المعنى * وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله تعالى * قال ابو يوسف رحمه الله يعود الى الجملة الثانية لان الجملة الاولى كاملة فى حق التعليق * وقال محمد رحمه الله يعود اليهما لان الاولى ان كانت كاملة من حيث التعليق ناقصة من حيث اتصال الابطال بها فانصرف الابطال اليهما بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا فعبدى حر ان جاء فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالاتفاق ولو قال انت طالق وعبدى حر ان شاء الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما واذا اعتبر رفعا وابطالا كما قاله محمد رحمه الله فكذلك * وتظهر ثمرة الخلاف ايضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدى حر ثم قال لها انت طالق انشاءالله يحنث عند ابى يوسف رحمه الله لانه يمين * وقال محمد رحمه الله لا يكون يمينا ولا يحنث * وذكر فى شرح الطحاوى ان قوله ان شاء الله تعالى كما يبطل الكلام الذى قبله كذلك لو قال ان لم يشاء الله تعالى او قال ماشاء الله تعالى وكذا اذا علق بمشية من لا يظهر مشيته لنا كما اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى او الجن اوهذا الحائط قـــوله فيكون الاستثناء اى على قول محمد رحمة الله تعالى عليه قـــوله او ذكر الشرط اى على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين والحكم واحد فى قوله انت طالق ان شاء الله تعالى قـــوله والموت ينافى الموجب دون المبطل لان الموجب يقتضى المحل وبالموت يبطل المحل فينافيه والمبطل يلايم الموت فى ابطال الموجب فلا ينافى الموت المبطل قـــوله بخلاف ما اذا مات الزوج اى بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانما يعلم ذلك فيما اذا قال قبل الايقاع انى اطلق امرأتى واستثنى * وذكر فى المحيط فعلى قياس مسئلة النوازل قالوا ان من حلف واراد ان يقول فى آخره ان شاءالله فسد انسان فمه انه يكون استثناء * تأويله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلا به * وقد وجدنا فى نوادر هشام انه قال سألت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثنى فامسكت بفمه وحالت بينه وبين الاستثناء قال يلزمه الطلاق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى * * * * قوله

والاصل

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لافرق بين قول القائل على درهم وبين قوله عشرة الاتسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) لانه لايبقى بعده شئ يصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل * واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة (ولو قال الاثلثا يقع الثلث) لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * باب

قوله والاصح ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اى تكلم بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء قوله هو الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات وهذا يتفرع الى ان في الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسد لما عرف في اصول الفقه قوله ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اى بما بقى من المستثنى منه قوله استثناء البعض من الجملة اى لما صح ذلك لم يفرق بين ان يكون المستثنى اقل او اكثر خلافا للفراء فانه يقول لا يصح استثناء الاكثر لانه لم يتكلم به العرب فلم يصح عنده قوله انت طالق ثلثا الاثنتين لانه استثناء الاكثر * وروى عن ابى يوسف رحمه الله ايضا انه لايصح هذا الاستثناء لان الاستثناء بيان فان من قال جاء القوم الافلانا كان بيانا للجائين بطريق الاختصار اذ لو اشتغل ببيان من جاء لطال الكلام وهذا انما يتحقق في استثناء القليل من الكل لا في استثناء الكثير منه * وفي ظاهر الرواية لا فرق لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولافرق في هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شئ ليصير متكلما به واذا قال انت طالق ثلثا الانصف تطليقة * قيل على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه تطلق ثنتين لان التطليقة كما لاتتجزى في الايقاع لاتتجزى في الاستثناء فصار كانه قال الا واحدة * وعند محمد رحمة الله تعالى عليه تطلق ثلثا لانه لما استثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لايبقى شئ يصير متكلما به فبقى كلامه الاول كما كان فيقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وهذا وهم منهم لانه بطل استثناء الكل في الوصية ايضا مع ان الوصية تحتمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال انت طالق ثلثا الاواحدة وواحدة وواحدة عند ابى حنيفة رحمه الله تطلق ثلثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكانه قال الا ثلثا * وهو الظاهر من قول ابى يوسف رحمه الله * وروى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله لانه لما قال الا واحدة وواحدة كان مستثنى للثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط كذلك في المبسوط * وذكر في زيادات المصنف رحمه الله ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ اى بعين لفظ المستثنى منه واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصح وان كان هو استثناء الكل من الكل وكذلك لو قال ثلث مالى لزيد الا الفا وثلث ماله الف صح الاستثناء * وذكر في المحيط والذخيرة وذكر القدورى في شرحه اذا اوقع اكثر من ثلث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لامن جملة الثلث التى تحكم بوقوعها * وروى عن محمد رحمه الله في النوادر نسائى طوالق الافلانة وفلانة وفلانة وليس له من النسوة سواهن صح الاستثناء * وفي البقالى اذا قال كل امرأة لى طالق الاهذه وليس له غيرها لم تطلق والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * قوله

باب طلاق المريض

(اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله لاترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لايرثها اذا ماتت * ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف مابعد الانقضاء لانه لاامكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذارضي به (وان طلقها ثلثا بامرها اوقال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها (وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته) لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها اقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا) الاعلى قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الاترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اختها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة * ** * * * * * * * * * *

باب طلاق المريض

قوله اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا قيد بالبائن لان في الطلاق الرجعي اذا مات الزوج وهي في العدة ترث ايضا لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه وبمرض الموت لانه اذا طلقها بائنا في صحته اوفي مرضه ثم صح ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لانه اذا كانت برضائها لاترث وبالموت في العدة لانه اذا مات بعد انقضاء العدة لاترث * وقال ابن ليلى ترث منه وان مات بعد انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله ترث وان مات بعد ماتزوجت بزوج آخر * وقال الشافعي رحمه الله لاترث في العدة وبعدها وهو القياس * لنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صح ان عثمان ورث تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه* فان قيل لا اجماع فقد قال ابن الزبير في حديث تماضر لو كان الامر الى لما ورثتها * قلنا معنى قول ابن الزبير ماورثتها لجهلي بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه مالم يخف على عثمان رضي الله تعالى عنه* وفي بعض الروايات انها سألته الطلاق فمعنى قوله ما ورثتها لانها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضي الله عنه اياها بعد سؤال الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله * وقد قيل هي سألته الطلاق ولكن قال لها اذا طهرت فاذنني فكما طهرت اذنته وبهذا لايسقط ميراثها قوله وقد امكن اي تأخير عمله الى زمان انقضاء العدة قوله لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار اي في حق النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والتزوج فيبقى في حق الارث بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانه لاامكان لان الارث يعتمد النكاح من كل وجه اومن وجه وبعد الانقضاء لم يوجد احدهما قوله والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها جواب عن قول الخصم ولهذا لايرثها اذا ماتت اي في حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسبب لارثه عنها لانها صحيحة قوله خصوصا اذا رضي به * اي

والحكم

والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولاعدة فى المسئلة الاولى * ولابى حنيفة رحمه الله فى المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرءها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة فى الزيادة فرددناها ولاتهمة فى قدر الميراث فصححناه ولامواضعة عادة فى حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة فى حق هذه الاحكام (قال رضى الله عنه ومن كان محصورا اوفى صف القتال وطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا اوقدم ليقتل فى قصاص اورجم ورثت ان مات فى ذلك الوجه او قتل) واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لايقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب ومايكون الغالب منه السلامة لايثبت به حكم الفرار فالمحصور الذى فى صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلايثبت به حكم الفرار والذى بارز اوقدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار * ولهذا

اى فيما اذا لم يرض الزوج ببطلان حقه وماتت وهى فى العدة بان مكنت ابن زوجها لا ترث ففيما اذا رضى به وهو ما نحن فيه اولى ان لاترث **قوله** والحكم يدار على دليل التهمة لان التهمة امر مبطن لايوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها **قوله** ولهذا يدار اى ولان الحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية تدار على التهمة يدار هذا الحكم على النكاح والقرابة اى لايجوز وصيته ولااقراره لمنكوحته ولا لقريبه **قوله** ولاتهمة فى قدر الميراث قال بكر رحمه الله ماتأخذه تأخذه بطريق الميراث لابطريق الدين اذلوكان بطريق الدين لكان التوى على الورثة مادام شئ من التركة قائما وكذا لوطلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولوكان ما تأخذه بطريق الدين لكان لها ذلك ولو ارادت ان تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها لان فى زعمها ان ما تأخذه تأخذه بطريق الدين * فالحاصل ان الشرع رجح جانب الورثة ان اختاروا ان يعطوها من عين التركة لهم ذلك وان اختاروا ان يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه **قوله** ولامواضعة عادة فى حق الزكوة والتزوج جواب سؤال وهو ان يقال هذه التهمة غير معتبرة فى الشرع الاترى انه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزكوة فيها ولها ان تتزوج فى الحال ولواعتبرت التهمة شرعا لاعتبرت فى حق التزوج اذ الحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط * قلنا هذه المواضعة تكون فى حق الارث لافى حق هذه الاحكام عادة فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثمه **قوله** وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء * ثم المرض المعتبر ان يكون بحال يخشى عليه التلف لانه حينئذ يتعلق حقها بماله فالابانة فى هذه الحالة ابطال حقها * وقيل ان لا يقوم الابشدة * وقيل ان لايقوم الاان يقيمه انسان * وقيل ان لايقدر ان يصلى قائما * وقيل ان لايقدر على المشى الا ان يتهادى بين اثنين * وقيل ان لايقدر على صب ماء من كوز الى كوز ومن يقوم بحوائجه فى البيت كالمشى الى الخلا والتوضى بنفسه كالصحيح * * * * * * * * * * *

ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف * وقوله اذا مات في هذا الوجه اوقتل دليل على انه لافرق بين ما اذا مات بذلك السبب اوبسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت)

عند البلخيين * وقال البخاريون اذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريض * وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلوة فصحيح والمرأة لاتخرج فان عجزت عن حوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة والا فلا * والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح لانه قد يعيش منه كثيرا * قال ابن سلمة الا ان لايرجى برؤه بالتداوى* وقال الهندوانى الا ان يكون مرضه يزداد ابدا فان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض * وذكر الناطفى تصرفات المسلول كسائر المرضى الا ان يتطاول * وفسر اصحابنا التطاول بالسنة فاذا بقى على هذه العلة سنة فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلوائى عن محمد رحمه الله اذا دام المريض على حاله سنة فحكمه حكم الصحيح * واختلف في تفسير الطلق قبل الوجع الذى لايسكن حتى تموت اوتلد * وقيل ان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج اخرى والاول اوجه * وحد المرض الذى يبيح التوكيل ان لايقدر على المشى بقدمه ولوكان لايقدر ولكن يحمل على الدابة اوعلى ظهر انسان فان كان يزداد مرضه بذلك يباح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا **قوله** ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وهو ان كل مايكون الهلاك فيه غالبا فهو في حكم مرض الموت وكل مايكون السلامة فيه غالبا لكن قد يخاف الهلاك منه فهو في حكم الصحة * منها راكب السفينة او النازل في المسبعة طلق امرأته لايكون فارا واما اذا انكسرت السفينة اوتلاطمت الامواج واشتدت الريح او وقع في فم سبع فطلق يكون فارا * فاذا طلقها في مرضه ثلثا ثم قتل اومات بغير ذلك المرض غير انه لم يصح فلها الارث * وقال عيسى بن ابان رحمه الله تعالى لاارث لها لان مرض الموت مايكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها بماله يومئذ فصار كما لوطلقها في صحته * قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبين به ان مرضه لم يكن مرض الموت امة تحت حر عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهى مريضة ثم ماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا وكذلك صغيرة زوجها اخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها فماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارتدت في مرضها اوقبلت ابن زوجها ورثها لان الفرقة منها ولومضت مدة العنين فاختارت الفرقة في مرضها لم يرث زوجها لان الفرقة منه لانه امتنع عن الامساك بالمعروف فناب القاضى منابه في التسريح بالاحسان ولهذا كان طلاقا وكذا لو وجب بعد ما ابانها بعد الدخول فتزوجها فعلمت في مرضها واختارت نفسها وماتت لم يرث زوجها لانه فرقة بالطلاق **قوله** واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر الى قوله فانت طالق اى طالق بائن لان حكم الفرار انما يثبت اذا كان الطلاق بائنا قوله

الاف

(الا فى قوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجئ الوقت اوبفعل الاجنبى اوبفعل نفسه اوبفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض اوكلاهما فى المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجئ الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق اوبفعل الاجنبى بان قال اذا دخل فلان الدار اوصلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث * وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا فى المرض * ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لاقصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه * واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض اوكانا فى المرض والفعل مماله منه بد اولابد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق اوبمباشرة الشرط فى المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها * واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لابد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة فى المباشرة لما لها فى الامتناع من خوف الهلاك فى الدنيا * * * * *

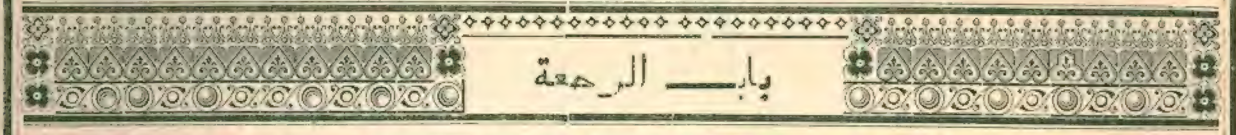
قوله الا فى قوله اذا دخلت الدار اى الا فى فصل واحد وهو ما اذا كان التعليق بفعلها الذى لها منه بد قوله ولاظلم الا عن قصد وهذا لانه صفة للفعل والمعلق بالشرط صار مرسلا عند الشرط لابفعله وقصده ولان التعليق فى الصحة انقلب تطليقا فى المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان المعتبر حالة التعليق الا ترى ان من علق وهو مفيق ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان لم يكن المجنون من اهل التطليق علم ان المعتبر حالة التعليق قوله واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض اوكانا فى المرض والفعل مماله بد منه اولابد له منه * فان قيل ينبغى ان لايصير فارا فى التعليق بالفعل الذى لابد له منه اذا كان التعليق فى الصحة لان الفعل اذا كان مما لابد له منه يصير مضطرا فى مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث * قلنا الاضطرار فى جانب الفاعل لايبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لايتفاوت بين كون المتلف مختارا وبين كونه مضطرا الاترى ان من اتلف مال الغير نائما او مخطئا او اصابته مخمصة فاكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفى لايجاب الضمان اونقول لاتسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا هنا قوله واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لانها بمباشرة الشرط صارت راضية اذ الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط * فان قيل اذا قال احد شريكى العبد لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب ولاية تضمين الحالف ولو كان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك * قلنا الارث يثبت بماله شبه العدوان فيبطل بماله شبه بالرضاء ولاكذلك الضمان اونقول مسئلة الاعتاق من قبيل مالابد لها منه لان موضوعها فى كتاب العتاق فيما اذا كان قال احد الشريكين ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته سوطا فهو حر فضربه فان الضارب يضمن للحالف وهو مضطر الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لايدل على رضاه بالمشروط ولاكذلك فى مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط

فى الدنيا او فى العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق فى الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لاميراث لها وان كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما فى الاكراه (قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين اوقع فى المرض وقد مات وهى فى العدة * ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لاحق لها يتعلق بما له فلا يصير الزوج فارا (ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهى فى العدة لاترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها فى الجماع ورثت) ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لايرث احدا ولابقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لاتنافى الارث وهو الباقى بخلاف ما اذا طاوعت فى حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لاتثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولا عن فى المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لاترث وان كان القذف فى المرض ورثت فى قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لابد لها منه اذهى ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه * * * * * *

قــــوله فى الدنيا راجع الى اكل الطعام قــــوله اوفى العقبى راجع الى صلوة الظهر قــــوله كانها آلة له كما فى الاكراه لان حد المكره ان يكون مضطرا بين شرين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب فى دار الآخرة وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكرهة فيضاف فعلها اليه كمن اكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلف عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الاترى ان فعل القاضى فى باب القضاء بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضى يصير ملجئا اليه بشهادتهم لانه يفسق لو لم يقض بها * فان قيل الضرورة التى توجب نقل الفعل اليه ضرورة حاملة وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق * قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان قــــوله لان المحرمية لاتنافى الارث وهو الباقى اى الارث لان النكاح باق فى هذه الحالة فى استحقاق الارث فيكون الباقى هو الارث اوسبب الارث * فان قيل ينبغى ان لايرث لانا جعلنا النكاح باقيا حكما فى حق الارث والنكاح الباقى حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق فصار كما لو طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق وكالمسئلة الاولى * قلنا الردة تنافى نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث احدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد بطل بالثلث وانما بقى فى حق الارث خاصة فما لاينافى الارث لايعتبر منافيا فى حق ما ثبت فى الارث خاصة وبالمطاوعة فى حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلايجب ابقاء النكاح فى حق الاستحقاق نظرا لها مع رضاها ببطلان السبب قــــوله ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لا عن الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لابد لها منه ووجهه ان سبب الفرقة قذفه اياها ولكن بشرط اللعان فان القاضى يلاعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلاعن * * * بينهما

وان

(وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا فى المرض ورثت) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت وقد ذكرنا وجهه (قال والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به فى جميع الوجوه) لما بينا انه لايزيل النكاح حتى يحل الوطئ فكان السبب قائما (قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهى فى العدة وقد بيناه) والله تعالى اعلم بالصواب



باب الرجعة

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية اوتطليقتين فله ان يراجعها فى عدتها رضيت بذلك اولم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الاترى انه تعالى سمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة فى العدة لانه لاملك بعد انقضائها * والرجعة

بينهما بطلب المرأة القذف فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لابد لها منه فانها لاتجد بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها * وعند محمد رحمه الله تعالى لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين * فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين * قلنا اللعان شهادة عندنا على ما يأتى والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء قــوله وان آلى وهو صحيح الى قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت * فان قيل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجئ الوقت وان كان الايلاء فى الصحة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالفئ فاذا لم يبطل فى حالة المرض صار كانه انشاء الايلاء فى المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا فى صحته بالطلاق فطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاء كذلك ههنا * قلنا الفرق بينهما ثابت وهو انه لايمكنه ابطال الايلاء الابضرر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب

باب الرجعة

ذكر فى المحيط اذا اراد الرجل ان يراجع امرأته فالاحسن ان يراجعها بالقول لابالفعل لان صحة المراجعة بالقول متفق عليها وبالفعل مختلف فيها قــوله رضيت بذلك اولم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف يعنى قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن يعنى اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضاء وعدمه اى لم يشترط رضاء المرأة قــوله الا ترى انه تعالى سمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة فى العدة * فان قيل كما سمى الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا فى قوله وبعولتهن احق بردهن وحقيقة الرد لاتكون الابعد الزوال * قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتى لاتبين بانقضاء العدة لاالاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعى انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعى اجماعا وملك الاعتياض لايكون الا بعد بقاء اصل الملك وكذلك يملك عليها سائر التصرفات التى كان يملك عليها قبل الطلاق وهو الظهار والايلاء واللعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا * قــوله

(والرجعة ان يقول راجعتك اوراجعت امرأتى) وهذا صريح فى الرجعة ولاخلاف فيه بين الائمة (قال او يطأها اويقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشوة) وهذا عندنا وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطئها * وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما فى اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا فى الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما فى القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يساكنها فى العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها (قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعى رحمه الله فى احد قوليه لاتصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب * ولنا اطلاق النصوص من قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه فى حالة البقاء كما فى الفئ فى الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجرى التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الاترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب * * * * * * * * * * * * *

قــــوله والرجعة ان يقول راجعتك اى عند الحضرة او رجعت امرأتى اى فى الحضرة والغيبة ومن الفاظ الرجعة راجعتك اى رددتك وامسكتك وقوله انت عندى كما كنت او انت امرأتى ان نوى الرجعة قــــوله او ينظر الى فرجها بشهوة المراد الفرج الداخل قــــوله وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه بان لم يكن اخرس او معتقل اللسان وهذا بناء على ان الرجعة عنده استباحة الوطئ ورفع الخلل الواقع فى الملك فلا يكون بالفعل كاصل النكاح والوطئ قبل الرجعة حرام فلا يكون سببا للحل كما هو اصله * وعندنا الرجعة استدامة الملك والفعل المختص بالملك يدل على استدامة الملك كالقول وهو نظير الفئ فى الايلاء فانه منع للمزيل من ان يعمل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع وكذا اذا باع امته على انه بالخيار ثم وطئها صار مستبقيا للملك بالوطئ كذا هنا لان الخيار ثبت شرعا ليتدارك ما فرط منه ويتلافى ما فات عنه ثم يثبت فعلا قــــوله والدلالة فعل يختص بالنكاح اى يجب ان يكون دلالة الاستدامة التى هى الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهى الوطئ والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح * قيل لانسلم ان هذه الافاعيل مختصة بالنكاح لانها توجد فى الامة المملوكة ايضا * قلنا ان الملك هو المقصود فى الامة وهذه الافعال تابعة فى حق المملوكة والتابع معدوم حكما قــــوله خصوصا فى الحرة يعنى هذه الافاعيل فى حق الحرة لا يكون بدون النكاح فاما فى حق الامة يكون بالنكاح وبدونه ايضا كالشراء وغيره قــــوله وغيرهما كالخاتنة وكالشاهد على الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة قــــوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة * وقال الشافعى رحمه الله فى احد قوليه لاتصح وهو قول مالك رحمه الله * وهذا عجب من مالك رحمه الله فانه لايجعل الاشهاد فى النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا فى المبسوط قــــوله ولنا اطلاق النصوص فامسكوهن بمعروف وبعولتهن احق بردهن من غير شرط الاشهاد فاشتراطه فيها زيادة على النص وهى نسخ فلايجوز الابدليل يصلح له وما تلا لايصلح له لان المراد به الندب بدلالة الاجماع فانه جمع بينهما وبين * * * *

(ويستحب ان يعلمها) كيلا تقع فى المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهى رجعة وان كذبته فالقول قولها) لانه اخبر عما لايملك انشاءه فى الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابى حنيفة رحمه الله وهو مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقد مر فى كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند ابى حنيفة رحمه الله * وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذهى باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق ولابى حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة فى الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به (واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها) عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول فى العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده فى الصحيح لانها منقضية العدة فى الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلايقبل قولها فى ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها فلا يظهر ملكه مع العدة (وان قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها امينة فى ذلك اذهى العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضى عليها وقت صلوة كامل) لان الحيض لامزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلابد من ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضى وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع فى حقها امارة زائدة فاكتفى بالانقطاع * * * وينقطع

المفارقة وامر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد فى حق المفارقة مندوب وليس بواجب فكذا فى الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد فى حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين **قوله** ويستحب ان يعلمها كيلا تقع فى المعصية فانها ربما تزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويجامعها الزوج الثانى فيكون هى عاصية وزوجها الذى اوقعها فيها مسيئا بتركه الاعلام ولكن مع ذلك لولم يعلمها بالرجعة جاز لان الرجعة عندنا استدامة القائم وليست بانشاء فكانت الرجعة تصرفا فى خالص حقه وتصرف الانسان فى خالص حقه لايتوقف على علم الغير كذا فى المحيط **قوله** فقالت مجيبة اى على الفور متصلة بقول الزوج **قوله** اذهى باقية اى العدة باقية الى ان تخبر وقد سبقت الرجعة اخبار المرأة فصحت الرجعة وسقطت العدة وهى حين اخبرت انما اخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة كما لو سكتت ساعة ثم اخبرت ولانها صارت متهمة فى الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلايقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعت بحيث لا يصدق الوكيل لكونه متهما ولكونه غير قادر على الانشاء فهذا كذلك * ولابى حنيفة رحمه الله ان هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة اوبعدها فلا يصح وهذا لانها امينة فى الاخبار عن امر يحتمل لجواز ان يثبت الانقضاء ساعتئذ فلا يقدر ان يخبر قبل ذلك لانه انما يمكنها ان تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك ضرورة ان الانقضاء سابق على كلامها لان صحة * * * * * * * * * * * *

(وينقطع اذا تيممت وصلت) عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته * ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لافيما قبلها من الاوقات * * * * *

الخبر تقتضى سبق المخبر به بزمان او بازمنة فان كان بازمنة فقد صادفت الرجعة ما بعد الانقضاء وان كان بزمان فقد صادفت حال الانقضاء فلا تصح الرجعة مع انقضاء العدة لان العدة فى حال انقضائها لاتكون موجودة مطلقا وشرط الرجعة ان تكون فى عدة مطلقة * فان قيل لما كان قولها انقضت عدتى مقتضيا سبق الانقضاء كان قول الزوج راجعتك يقتضى سبق الرجعة ايضا فلا تكون الرجعة فى حال الانقضاء * قلنا قوله راجعتك انشاء وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعى سبق الرجعة وقولها انقضت عدتى اخبار وهو اظهار امر قد كان فيقتضى سبب الانقضاء ضرورة وهذا بخلاف ما لو سكتت ساعة لانها متهمة بالتأخير لان الانقضاء لو كان ثابتا لوجب عليها ان يخبر فلما لم يخبر دل انها كاذبة فلم يقبل قولها * ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرة * لانا نقول ان انقضاء العدة لابد من ان يوافق حالة فتارة يوافق اكلها وتارة يوافق نومها وتارة قول الزوج راجعتك وانما يصير متهمة اذا فرطت فى الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها ههنا لانها لاتقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط بالاخبار لان بيعه كان قبل العزل لامع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاف لايقع الطلاق عند ابى حنيفة رحمه الله كما لو قال انت طالق مع انقضاء عدتك * والاصح انه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها فى العدة كان مصدقا فى ذلك بخلاف الرجعة كذا فى المبسوط **قوله** وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وهذا استحسان * وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم عند عدم الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل اداء الصلوة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولافرق بين الحكم بجواز صلوة اديت وبين الحكم بجواز الاقدام على ما لم يؤد بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الاترى انها لو اغتسلت وبقيت فى بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة * ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لايرفع الحدث بيقين حتى لو وجد المتيمم الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكما ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها مخاطبة بادائها ولاتقدر على ادائها الابالطهارة فامرها الشرع بالتيمم لئلاتتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة فى حكم الصلوة وفيما هو من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولاضرورة فى حكم الرجعة فكان التيمم فى حقها عند عدم الماء كالتيمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقا لا ضرورة فظهرت فى حق سقوط الفرض عن ذمتها وفى حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلوة ماحكمنا بحكم فى حقها لان حل الاقدام على الصلوة فى حقها مترقب لان كون التيمم طهارة مترقب لترقب فى شرطه وهو عدم الماء الى ان يفرغ من الصلوة وان عدمت الماء الى ان تفرغ من الصلوة تبين ان الطهارة ثابتة فى حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة فى حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله ولهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء فى خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقى على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هناك * * * لتوهم

والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية * ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما * وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة (واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة) وان كان اقل من عضو انقطعت * قال رضى الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس فى العضو الكامل ان لاتبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر * والقياس فيمادون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لايتجزى * ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلايتيقن بعدم وصول الماء اليه * فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لايتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا * وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه هو بمنزلة ما دون العضو لان فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهى حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر فى مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطئ وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذاثبت الوطئ تأكد الملك والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع الاترى انه يثبت بهذا الوطئ الاحصان فلان تثبت بها الرجعة اولى *وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة * * * * * * * * * * فان خلا

لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية فى نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالابالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك فى حكم حل الصلوة احتياطا لاشتباه الادلة فى طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة ايضا لكونها طهارة قوية * ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله والصحيح ان الرجعة لاتنقطع عندهما ما لم تفرغ من الصلوة لان الحال بعد شروعها فى الصلوة كالحال قبله الاترى انها اذارأت الماء بطل تيممها بخلاف مابعد الفراغ من الصلوة فانها وان رأت الماء بقيت الصلوة مجزية فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة * وههنا نكتة معروفة وهى ان التيمم عند محمد رحمه الله خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورية ولهذا لا يصح اقتداء المتوضئ بالمتيمم عنده وههنا ترك اصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضىء بالمتيمم عندهما وههنا جعلاها ضرورية حتى قالا لاتنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلوة * فالحاصل ان محمدا رحمه الله اخذ بالاحتياط فى الموضعين جميعا وهما جعلاها فى حق الصلوة طهارة مطلقة اذ الآية وردت فى الصلوة وشرع التيمم للتمكن من الصلوة وفى حق غيرها عملا بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية قـــوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية وهى حل قراءة القرآن و مس المصحف ودخول المسجد لان هذه الاحكام من توابع الصلوة اذ حل الصلوة تقتضى حل دخول المسجد وحل قراءة القرآن وحل مس المصحف فكان هذا جوابا عن حرف الخصم بقوله حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته قـــوله وان كان اقل من عضو نحو الاصبع مثلا كذا فى المحيط قـــوله فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت منها قصدا لا تنقطع الرجعة كذا فى المحيط قـــوله وعنه وهو قول محمد رحمه الله وهو بمنزلة مادون العضو لان فى فرضيته اختلافا فان عند الشافعى رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان فى الوضوء والجنابة وفى المحيط فان كان الباقى احد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق قـــوله ومن طلق امرأته وهى حامل او ولدت * * * * * منه

(فان خلابها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لاعلى القبض بخلاف الفصل الاول (فان راجعها)معناه بعد ما خلابها (وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه يثبت النسب منه اذ هى لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى فى البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثانى يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبل فيحرم الوطء والمسلم لايفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهى رجعة) معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه فى العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد فى بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثانى رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثانى صار مراجعا لما بينا انه جعل العلوق بوطء حادث فى العدة ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة * * * * * وبالولد

منه وقال لم اجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه ثبت بهذا الوطء الاحصان اى فى حق الرجم مع انه يندرئ بالشبهات * فان قيل وجب ان لايكون له حق الرجعة لان الرجعة حق مستحق له وقد انكر ثبوتها له اقصى ما فى الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبات النسب منه لكن لايلزم من كونه مكذبا شرعا بقاء ما كان حقا له وصار هذا الرجل اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحق من يده ثم وصلت اليه يوما من الدهر امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا * قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار فانه تعلق به حق الغرماء وان صار المقر مكذبا شرعا * فان قيل لم اجامعها صريح فى عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحا فى وجود الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح اولى * قلنا الدلالة من الشارع اقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتماله من الشارع **قوله** فان خلابها واغلق بابا او ارخى سترا فى الفوائد الظهيرية ذكر ههنا اى فى الجامع الصغير اغلق بابا وارخى سترا بالواو وفى كتاب الطلاق قال او ارخى سترا باو وهو الصحيح **قوله** فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثانى وهو جعله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لايفعل الحرام وعلى اعتبار الاول وان صار كاذبا والكذب حرام ايضا الا انه اهون من الزنا **قوله** فيكون الولد الثانى من علوق حادث ضرورة لان الولد لايبقى فى البطن لاكثر من سنتين فيكون من زوجها اذ لا يظن بها ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة واما اذا ولدت لاقل من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف الى اقرب الزمان اذا امكن وقد امكن اذا تخلل بين الولادتين ستة اشهر فصاعدا وذكر فى كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لايكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة لانها اذا ولدت لاقل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا تثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال

وبالولد

وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ونقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق (والمطلقة الرجعية تتشوق وتتزين) لانها حلال للزوج اذالنكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين له حامل عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا * ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخى عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لاحاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج * وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه (والطلاق الرجعى لايحرم الوطیء) وقال الشافعی رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق * ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب

لانها ولدت ولدين فلو لم يجعل الولد الثانى من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطنا واحدا والاتحاد لايثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثانى من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة قـــوله وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وهو انه يجعل العلوق بوطیء حادث فى العدة * فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطیء فى النفاس حرام * قلنا لايلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط فى اثباته والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا تيقن بارتكاب الحرام ولو ولدت ثلثة اولاد فى بطن واحد والمسئلة بحالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلاحاجة الى القول بالرجعة فاذا ولدت الاول وقعت واحدة ووجبت العدة واذا ولدت الولد الثانى وهى معتدة يقع آخر واذا ولدت الولد الثالث تنقضى العدة بوضع الحمل لانه لاولد فى البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة قـــوله لاتخرجوهن الآية نزلت فى المعتدات من الطلاق الرجعى بدليل سياقها ياايها النبى اذا طلقتم النساء ثم قال لاتخرجوهن وصريح الطلاق رجعى * فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لايكون اخراجها للمسافرة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر من حال المسلم ان لايرتكب المنهى عنه واخراجها من بيتها بدون الرجعة منهى عنه * قلنا المسافرة لاتكون اعلى من السكون معها فى منزل واحد وذا لايكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهى عن الاخراج فى العدة مما يخفى على بعض العلماء فضلا عن العوام على ان الكلام فى رجل ينادى باعلى صوته انه لا يراجعها ولاعبرة للدلالة مع الصريح بخلافه قـــوله ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو اقتصر الزوال على الانقضاء لوجبت العدة بالاقراء بعد ذلك لان العدة لايجب الاقضاء لحق نكاح انقطع فلو جوزنا المسافرة معها نبين بعد الانقضاء ان الطلاق كان عاملا زمان الوقوع وكان المسافرة مع الاجنبية فكان حال انقطاعه لاحال بقائه كما زعم زفر رحمة الله تعالى عليه قـــوله والطلاق الرجعى * لايحرم

يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا اونظرا له على ما تقدم والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فيما تحل به المطلقة

(واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه

(وان كان الطلاق ثلثا في الحرة اوثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها اويموت عنها) والاصل فيه **قوله تعالى** فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا　*　*　*　*　والزوجية

لا يحرم الوطئ حتى لو وطئها لا يغرم العقر * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يحرمه حتى يغرم العقر **قوله** يوجب استبداده به يعني ثبوت حق الرجعة للزوج بعد الطلاق لتمكنه التدارك عند الندم يوجب استبداد الزوج بذلك التدارك واستبداد الزوج بذلك الحق يشعر بكون ذلك الحق استدامة للنكاح الاول لا انشاء للنكاح الجديد اذ الدليل ينافي انشاء النكاح منها دون رضاها لان القياس يأبى جواز نكاح الحرة وان كان برضاها الا انه ثبت بالنص فعند عدم الرضاء بقي على اصل القياس والقاطع تأخر عمله اجماعا بدليل انه يملك عليها الايلاء والظهار ويجري الميراث بينهما ولهذا سمى الله تعالى الزوج بعلا والبعل هو الزوج والزوجية تثبت الحل قال الله تعالى الاعلى ازواجهم **قوله** والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا جواب عن قول الخصم وهو قوله الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق نقول نعم وجد القاطع ولكن آخر عمل القاطع الى انقضاء العدة اجماعا فان عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضاء المرأة كما هو قولنا وملك الرجعة عليها من غير رضاها يدل على ان النكاح قائم اذ لو زال لكانت الرجعة اثباتا للملك عليها ابتداء واحد لا يملك ابتداء النكاح على الاجنبية الا برضاها وكذا من غير مهر ومن غير ولي عنده وكذا بغير شهود **قوله** اونظرا له اي للزوج على اعتبار الخلاف **قوله** على ما تقدم وهو قوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فيما تحل به المطلقة

قوله لان حل المحلية باق المعنى من حل المحلية كونها انثى من بني آدم ليست من المحرمات وهو موجود ههنا **قوله** ومنع الغير جواب سؤال مقدر بان يقال ان الله تعالى لم يجوز نكاح المعتدة مطلقا **بقوله تعالى** ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله * فاجاب بقوله انما كان ذلك لاشتباه النسب والتعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه لا بيان العلة لوجود التخلف فيه فانه لو طلق الصغيرة او الآئسة تجب العدة ومنع الغير عن تزوجهما في العدة وان لم يكن فيه اشتباه النسب وكذلك لا يجوز تجويز المعتدة من الصبي وان لم يكن فيه اشتباه النسب لانه لا يثبت النسب منه **قوله** لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف الرق منصف للعقوبة **لقوله تعالى** فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فيكون منصفا للنعمة اذ لولا ذلك لكملت النعمة فتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها قوله

والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لاتحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روى بروايات * ولاخلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضى الله عنه * وقوله غير معتبر حتى لوقضى به القاضى لاينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد (والصبى المراهق فى التحليل كالبالغ) لوجود الدخول فى نكاح صحيح وهو الشرط بالنص * ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه مابيناه وفسره فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول * ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهى وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب فى حقها اما لاغسل على الصبى وان كان يؤمر به تخلقا (قال ووطء المولى امته لايحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول فى نكاح صحيح اذ النكاح لايبطل بالشرط * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه فى معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده * وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث * * * * * * واذا

قوله والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح لان الوطء يحرم فى الفاسد ويجب التفريق ولايجب المهر قبل الوطء ولهذا لو حلف لايتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لايحنث **قوله** حملا للكلام على الافادة * النكاح يذكر للعقد ويذكر للوطء وهو اصله وقد اريد به الوطء هنا ليكون الكلام محمولا على الافادة لا على الاعادة اذ العقد مستفاد من اسم الزوج * فان قيل جاز ان يسمى زوجا لانه بعرض ان يصير زوجا * قلنا الاصل فى الكلام هو الحقيقة ولا يعدل عنها بلا ضرورة * فان قيل قد تحققت الضرورة وهى اضافته الى المرأة لانها لاتكون واطئة وانما تكون موطوءة * قلنا اضافة الوطء الى المرأة تجوز مجازا باعتبار التمكن كما فى قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا فلو حمل على الوطء لكان فيه مجاز واحد واعمال للفظ النكاح والزوج على الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان والاول اولى او نقول ماقلنا اولى لان فيه مجازا وافادة وفيما قلتم مجازا واعادة **قوله** بروايات روى بلفظ الخطاب حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك * وفى رواية من عسيلته ومن عسيلتك * وفى رواية حتى يذوق عسيلتها الى آخره بلفظ الغيبة **قوله** والشرط الايلاج لان الذوق يحصل بالايلاج والانزال شبع فلا يشترط **قوله** والكمال قيد اى الحديث المشهور شرط الدخول وهو عبارة عن الايلاج فحسب فكان اشتراط الانزال فى الايلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل فى الماهية فلا يتوقف الحكم المرتب على الامر الكامل الى زيادة وصف لادلالة له فى اللفظ عليه لانه يجرى مجرى النسخ **قوله** والحجة عليه ما بينا وهو قوله لوجود الدخول فى نكاح صحيح * وقوله وفسره فى الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع معناه ان تتحرك آلته ويشتهى وهذا لان فى الحديث ذكر الذوق من الطرفين وهذا انما يتحقق فى المراهق الذى يشتهى * والاولى ان يكون المحلل حرا بالغا * قال الامام قاضيخان وثبوت الحل للزوج الاول بوطء الصبى مذهبنا يثبت الحل بوطء الزوج الثانى سواء كان صبيا او مجنونا او حرا او مملوكا * وقال الحسن البصرى لايحلها جماع الصبى لان عنده التحليل لايتم بدون الانزال وعند مالك والشافعى رحمهما الله لايتم التحليل الا بجماع من كان من اهل الماء * قوله واذا * تزوجها

(واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثانى الطلاقين كما يهدم الثلث وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلث) لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولاانهاء للحرمة قبل الثبوت * ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل (واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت) عدتى

بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك او قالت المرأة ذلك اما لو اضمرا ذلك فى قلبهما فانه يصح العقد ويحل للاول عند عامة العلماء * وقال مالك رحمه الله لايصح * وذكر الامام التمرتاشى لوخافت المرأة ان لايطلقها المحلل فيقول زوجت نفسى منك على ان امرى بيدى اطلق نفسى كلما اريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر فى يدها * وفى التفاريق لو ادعت دخول المحلل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس قـــوله واذا طلق الحرة تطليقة اوتطليقتين الى ان قال وقال محمد رحمه الله لايهدم مادون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولاانهاء للحرمة قبل الثبوت * الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلث بالنص قال الله تعالى فلايحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية ولم تثبت تلك الحرمة بالطلقة والطلقتين لانها متعلقة بالثلث وببعض اركان العلة لايثبت شئ من الحكم فلم يكن الزوج الثانى غاية اذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محال الاترى انه لوقال اذاجاء رأس الشهر فوالله لااكلم فلانا حتى استشير فلانا ثم استشاره قبل مجئ رأس الشهر لايعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين فاذا لم يعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثانى كانت عنده بما بقى من التطليقات فكذلك هنا وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قالا اصابة الزوج الثانى بنكاح صحيح تلحق المطلقة بالاجنبية فى الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلث * وبيان هذا ان بالتطليقات الثلث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعا وتلحق بالاجنبية التى لم يتزوجها فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثانى * ثم الدليل على الزوج الثانى رافع للحرمة وموجب للحل قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من يثبت الحل كالمسود من يثبت السواد * فان قيل انما يثبت كونه محللا بهذا النص عند استحقاق اللعن فكيف يثبت التحليل عند عدمه * قلنا لما ثبت التحليل مع استحقاق اللعن فلان يثبت التحليل عند عدمه اولى على ان التحليل من حيث انه زوج واستحقاق اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بامر آخر ولما كان محللا وجب ان يكون مفيدا لحل لايزول الابثلث تطليقات فكذا فى المتنازع فيه اونقول لما كان مفيدا لاصل الحل فلان يكون مكملا للحل اولى لان اثبات الوصف ايسر من اثبات الاصل ولا ذلك الا بهدم الطلقة والطلقتين *فان قيل الزوج الثانى غاية للحرمة بكتاب الله تعالى فمتى جعلناه مثبتا للحل مطلقا يلزم تغير قضية الكتاب ومتى جعلناه غاية للحرمة يكون عملا بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر وهذا اولى من العمل بحقيقة الخبر وبمجاز الكتاب * قلنا نحن نعمل بحقيقتهما لان الكتاب جعله غاية ونحن جعلناه غاية والخبر جعله محللا والكتاب ساكت عنه فجعلناه محللا فكان هنا عمــلا بحقيقتهما وانتم فان عملتم بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر فكان ماذهبنا اليه اولى *فان قيل جعله محللا يخل بمعنى الغاية لان غاية الشئ بمنزلة ما ينتهى به الشئ من غير ان يكون مؤثرا فى شئ ومثبتا لشئ * قلنا لامنافاة بينهما لان الشئ كما ينتهى بمضى الوقت * * * * * * * * ينتهى

عدتى

(عدتى والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان فى غالب ظنه انها صادقة) لانها معاملة او امر دينى لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا فى ادنى هذه المدة وسنبينها فى باب العدة ان شاء الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب * * باب

ينتهى بوجود ضده كالصوم ينتهى بمجئ الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا الحيوة تنتهى بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهى بوجود ضده وهو العتق فكذا الحرمة هنا ينتهى بوجود الزوج الثانى لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشيء قد يكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعناه فجعلناه غاية بمعناه لانه يثبت الحل به وهذا كالنص المحلل اذا ورد ولم يبق النص المحرم لا لان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا ابد أعلى الله تعالى ولكن تبين به ان النص المحرم يوقت الى هذا الوقت فكان غاية بمعناه لانه يثبت ضده وهو الحل فكذا هنا يدل عليه **قوله تعالى** حتى تغتسلوا ولاشك ان الاغتسال كما ينتهى به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة * فان قيل الزوج الثانى انما صار محللا للحاجة ولاحاجة هنا فكان بمنزلة المعذور اذا توضأ فى آخر وقت الظهر بعدما صلى الظهر وانقطع الدم ينتقض وضوءه بالسيلان فى وقت العصر لعدم حاجته الى تلك الطهارة * قلنا انما يستقيم هذا ان لوكان كونه مثبتا للحل لمكان الحاجة وليس كذلك الاترى انه لو تزوجها على قصد ان لايطلقها ابدا اولم يكن من قصد الاول ان يراجعها ابدا يثبت الحل بخلاف طهارة صاحب العذر فانها شرعت للحاجة * وهذه مسئلة اختلف فيها اصحاب النبى عليه السلام * ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعى واصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم * وما قاله محمد وزفر والشافعى رحمهم الله قول عمر وعلى وابى بن كعب وعمران بن حصين وابى هريرة رضى الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة كذا فى المبسوط **قوله** لانها معاملة اى النكاح معاملة وفى المعاملات يعتبر خبر كل مميز لعموم الضرورة الداعية الى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن فى التجارة **قوله** او امر دينى لتعلق الحل به لان الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما فى خبر نجاسة الماء وطهارته اوروت حديثا **قوله** وسنبينها فى باب العدة وعد ولم يذكرها فى باب العدة وادنى هذه المدة عند ابى حنيفة رحمه الله شهران ان اقرت بالمضى بالاقراء وعندهما تسعة وثلثون يوما كانه طلقها فى آخر الطهر وحيضها ثلثة وطهرها خمسة عشر يوما فتمضى عدتها بطهرين ثلثين يوما وثلثة اقراء تسعة ايام للامكان * وقيل على قياس قول ابى يوسف رحمه الله تصدق فى سبعة وثلثين يوما ونصف واربع ساعات لان اقل الحيض عنده يومان واكثر اليوم الثلث فيجعل كل حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة ونصف وثلث ساعات وساعة للاخبار والاغتسال * ولابى حنيفة رحمه الله على ماذكره محمد رحمه الله ان يجعل كانه طلقها فى اول الطهر تفاديا عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لاغاية لاكثره وحيضها خمسة ايام لان اقله واكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلثة اطهار تكون خمسة واربعون يوما ثلث حيض يكون خمسة عشر يوما فذا ستون يوما * وعلى ما روى الحسن عنه ان يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدلا فطهران ثلثون وثلث حيض ثلثون فذا ستون ولا معنى لما قالالان الامين انما يقبل قوله اذا لم تكذبه العادة واما اذا كذبته العادة فلا * لان

باب الايلاء

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لااقربك اربعة اشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية (فان وطئها فى اربعة اشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث (وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعى رحمه الله تبين بتفريق القاضى لانه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة * ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا فى الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

لان المكذب عادة كالمكذب حقيقة الاترى ان الوصى اذا قال انفقت فى يوم مائة درهم على الصبى لايصدق وان كان محتملا بان يشترى له نفقة فيسرق وثم فيحرق وثم فيغرق ثم وثم لكونه نادرة ولا احتمال لتصديقها فى تلك المدة الابعد امور نادرة ان يكون الايقاع فى آخر اجزاء الطهر وحيضها اقل مدة الحيض وطهرها كذلك وان لا يؤخر الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت امة فعندهما تصدق فى احد وعشرين يوما ستة للحيضتين وخمسة عشر للطهر * وعنده فى رواية محمد رحمه الله فى اربعين يوما كانه طلقها فى اول الطهر فطهران ثلثون وقرآن عشرة * وعلى رواية الحسن فى خمسة وثليثن فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب الايلاء

هو فى اللغة الحلف من آلى اى حلف يؤلى ايلاء من الالية وهى الحلف قال الشاعر * * *
قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت * وفى الشرع عبارة عن الحلف عن ترك وطء المنكوحة اربعة اشهر او اكثر * وركنه والله لااقربك ونحوه * وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطء المنكوحة * واهله من هو اهل للطلاق عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما من هو اهل للكفارة * وسببه ماهو السبب فى الطلاق الرجعى لما ان الابانة فيه موقتة الى وقت وههنا ايضا موقتة الى وقت * والسبب الداعى هناك عدم الموافقة والتدارك فى الطلاق الرجعى غير مستعقب مكروها وهنا يعقب مكروها لكن لا ينقص عدد الطلاق * وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضى اربعة اشهر * والحكم المتعلق بالحنث الكفارة ان كان يمينا بالله تعالى وان كان يمينا بغيره فما جعل جزاء على الحنث قوله فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآية والتمسك بالآية لبيان شرعية الايلاء ولبيان انه اذا حلف على ترك وطئها اربعة اشهر فهو مول فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة * وعند الشافعى رحمه الله يحنث فى يمينه ولاتلزمه الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا لاتجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للستر * قلنا وعد المغفرة فى الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة لاحنث فى اليمين قال الله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية كذا فى المبسوط قوله ولنا انه ظلمها بمنع حقها فى الجماع * فان قيل لوكان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعد ما وطئها الزوج مرة * قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة * ويدل عليه ما ذكر الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه فى باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم عجز بعد ذلك لاخيار لها لان ماهو المقصود وهو تأكد المهر والاحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحق عليه ديانة لاحكما * * * * *

(فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت موقتة به (وان كان حلف على الابد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لايتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضى اربعة اشهر اخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضى اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها) لما بينا (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقييده بطلاق هذا الملك وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا) لقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها فى اكثر المدة بلا مانع وبمثله لايثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا) لان الثانى ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع (ولو قال والله لا اقربك الا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع * ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشئ يلزمه ويمكنه ههنا　*　*　*　*　*　لان

قــــوله فان كان حلف على الابد بان قال والله لا اقربك ذكر الابد او لم يذكر قــــوله الا انه لايتكرر الطلاق قبل التزوج * وذكر فى المبسوط اذا آلى من امرأته ايلاء مطلقا من غير ان يقيده باربعة اشهر فبانت بمضى اربعة اشهر هل ينعقد مرة اخرى قبل ان يزوجها ام لا كان ابوسهيل السرخسى يقول ينعقد حتى اذا تمت اربعة اشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة اخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا وكان الكرخى رحمه الله يقول لاتنعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها* وهذا هو الاصح لان فى انعقاد اليمين ابتداء لابدله من اعتبار معنى الاضرار وذلك لايتصور بعد ما لم يتزوجها لانه لاحق لها فى الجماع فلذلك لاينعقد المدة الثالثة ما لم يتزوجها قــــوله فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا * وقال ابن ابى ليلى يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه اولا فلما بلغته فتوى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عنه قــــوله ولان الامتناع عن قربانها فى اكثر المدة بلا مانع هذا التعليل انما يستقيم على ماذكر فى المبسوط واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر بغير شئ يلزمه فحينئذ يكون الامتناع فى اكثر المدة بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلثة اشهر لان المانع يكون فى اكثر المدة حينئذ * وقيل المراد باكثر المدة اربعة اشهر وهو جميع مدة الايلاء وسماها اكثر لكونها اكثر من مدة حلف على ترك قربانها فاذا كان المراد به جميع المدة فلا شك ان المانع غير موجود فى جميع الصور التى دون تلك المدة وان وجود المانع فى البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض وهو ضعيف اذلوكان المراد به ذلك لقال فى اكثر المدتين قــــوله وبمثله اى وبمثل الحلف الذى انعقد على ما دون اربعة اشهر لايثبت حكم الطلاق بمضى اربعة اشهر ولوقال والله لااقربك شهرين وشهرين بعدهذين الشهرين اوقال والله لااقربك شهرين وشهرين كان موليا* اما لوقال والله لااقربك

لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحه فانه لايصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها فى يوم والباقى اربعة اشهرا واكثر صار موليا لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة (قال ولو حلف بحج اوبصوم اوبصدقة او عتق اوطلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية ما نعة لما فيها من المشقة * وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده* وفيه خلاف ابى يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلايلزمه شئ * وهما يقولان البيع موهوم فلايمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها اوطلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وان الى من المطلقة الرجعية كان موليا وان الى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة فى الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوت المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت على كظهر امى ثم تزوجها لم يكن موليا ولامظاهرا) لان الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلاينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة فى حقه * * * * * * * * * * *

لااقربك شهرين ومكث يوما اوساعة ثم قال والله لااقربك شهرين اوشهرين بعد الشهرين الاولين او قال والله لااقربك شهرين ولاشهرين لم يكن موليا اما فيما مكث لم يتكامل مدة المنع وفيما اعادفيه حرف النفى صار الثانى ايجابا آخر فصارا اجلين فتداخلا الاترى ان من قال والله لااكلم فلانا يوما ويومين فمدة المنع ثلثة ايام ولو قال يوما ولا يومين يكون ايجابين فيتداخلان فمدة المنع يومان **قوله** لان المستثنى يوم منكر فلما كان منكرا كان ما من يوم يمر بعد يمينه الاويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فتقربها فيه من غير ان يلزمه شئ ثم لو صرفنا ذلك اليوم الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لايجوز بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا اتزوج امرأة بخلاف ما لو قال بنقصان يوم فانه يكون موليا لان النقصان لا يكون الامن آخر المدة * فان قيل اذا قال لغيره والله لا اكلمك سنة الا يوما فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر السنة * قلنا الحامل على اليمين الغيظ انه قائم فى الحال فيكون المنع من الكلام مرادا فى الحال فلذلك صرف اليوم المستثنى الى الآخر **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا لان الزوجية قائمة * فان قيل الايلاء يتحقق باعتبار الظلم من الزوج بمنع حقها فى الجماع ولا حق للمطلقة الرجعية فى الجماع لا قضاء ولا ديانة حتى ان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون ظالما فينبغى ان لايترتب عليها جزاء الظلم* قلنا شرعية الايلاء ثبت بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة هى الزوجة وفى المنصوص لايعتبر المعنى **قوله** اذ اليمين منعقدة اى فى حقه اى فى حق الحنث لا فى حق الطلاق وهذا لان الايلاء يمين تعلق ببرها الطلاق كانه قال ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائنا فاذا قال ذلك لاجنبية فقد حلف بالطلاق فى غير الملك ولم يضف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقى يمينا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البر حسا لاملكا شرعيا الاترى انها تنعقد على الحرام والمعصية فينعقد هنا فاذا قربها لزمته الكفارة * * * قوله

(ومدة ايلاء الامة شهران) لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتنصف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضا لايقدر على الجماع اوكانت مريضة رتقاء اوصغيرة لاتجامع اوكانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها فى مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فى مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء) * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لافئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى رحمه الله تعالى لانه لوكان فيئا لكان حنثا * ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا تجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع فى المدة بطل ذلك الفئ وصار فيئه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته انت على حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كماقال) لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لايصدق فى القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال * * *

قــــوله ومدة ايلاء الامة شهران * وقال الشافعى رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا يبتنى على اصل و هوان عنده المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق فى الجماع والحرة والامة فى ذلك سواء * وعندنا شرعت اجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فينتصف بالرق لانه من حقوق النكاح كذا فى الايضاح قــــوله وان كان المولى مريضا الى آخره * فان قيل ينبغى ان لايصح ايلاء المريض لان الحكم بوقوع الطلاق عند انقضاء اربعة اشهر للحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقاع حق مستحق وبالامتناع بقوله والله لا اقربك يصير ظالما * قلنا النص يقتضى صحة الايلاء من النساء مطلقا غير مقيد بوصف الصحة وفيما ذكر من التعليل ابطال حكم النص والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل لان الحكم فى موضع النص ثابت لابالعلة ولاالمرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظالما على تقدير ان يقصر مرضه من اربعة اشهر * فان قيل اذا كان بينهما مسيرة اربعة اشهر يقدر على الفئ بالجماع بان يخرج هو اليها وتخرج هى اليه فيلتقيان فيما دون اربعة اشهر * قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة اما على اصل ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهر فان الاعمى لا تجب عليه الجمعة عنده وان وجد قائدا واما عندهما ففيما نحن فيه لايقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسئلة الجمعة قــــوله لانه لوكان فيئا لكان حنثا لان المتعلق بالفئ حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفئ باللسان لايعتبر فى احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الحكم الآخر * ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لايتحقق بالفئ باللسان وعند العجز عن الفئ بالجماع فكان الفئ بالجماع اصلا وباللسان بدلا منه لان الفئ عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها فى الجماع ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها فى الجماع فانه لاحق لها فى الجماع فى هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية * ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما كذا فى المبسوط قــــوله قبل حصول المقصود بالخلف * وهذا لان المقصود من الفئ باللسان عدم ثبوت البينونة بمضى اربعة اشهر وذلك انما يترتب على مضى هذه المدة وقبل مضى هذه المدة اذا صح صار ظالما بمنع حقها فى الجماع فبطل الفئ باللسان للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل بالخلف لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة قــــوله فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه لان امرأته حلال له * وقوله انت على * * حرام

(وان قال اردت الطلاق فهى تطليقة بائنة الا ان ينوى الثلث) وقد ذكرناه فى الكنايات (وان قال اردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند ابيحنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال اردت التحريم اولم ارد به شيئا فهويمين يصير به موليا) لان الاصل فى تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره فى الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب * * *

بابـــ الخلع

(واذا تشاق الزوجان وخافا ان لايقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى * * * * * * فلاجناح

حرام كذب وارادة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر فى المحيط وان قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكم له ويصدقه القاضى لانه فسر لفظه بما يقتضيه ظاهره وهونظير مالوقال لامرأته انت حرة وقال اردت نعتها بالحرية لاالطلاق يدين فى القضاء هكذا ذكر شمس الائمة الحلوائى رحمه الله قـــوله يصير به موليا لان اقل اسباب الحرمة اليمين لان حرمتها مغياة الى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق وفى الظهار ان ارتفع حرمته بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان الحرمة فى اليمين لغيره بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار قـــوله من غير نية بحكم العرف روى ان هذه المسئلة وقعت فى عصر ابى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى فاشكل عليه وكان يقول فى نفسه ينبغى ان لايقع الطلاق فكان يتفكر فيه اياما وكان مغتما فى ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابت مالى اراك مغتما فقال لها كيت وكيت فقالت لاشك فى هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف ان الرجال يحلفون به دون النساء فلو لم يكن طلاقا لحلفت به النساء ايضا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

بابـــ الخلع

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه عن بدنه اى نزع وخالعت زوجها افتدت منه بمالها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكانهما اذا فعلا ذلك نزعا لباسهما *وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به و السنة وهى ماروى ان جميلة كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت لا اعيب على ثابت فى دين ولاخلق ولكنى اخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى اياه فقال عليه السلام اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام اما الزيادة فلا واجماع الامة والمعقول وهو ان ملك النكاح معتبر يتمكن به من اقامة المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كملك القصاص وسواء كان بلفظ الخلع او الطلاق اوالمباراة او البيع بان يقول خلعتك على الف درهم او طلقتك على الف او بارأتك او بعت نفسك او طلاقك على الف ففى الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها فى المجلس لانها معاوضة قال اذا تشاق الزوجان اى اختلفا اوتخاصما مشتق من الشق وهو الجانب * وانما سمى به لان كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وهذا كالتخاصم والتعادى لان كل واحد من المتخاصمين والمتعاديين يأخذ خصما وهو الجانب وعدوة وهى جانب الوادى خلاف جانب صاحبه قـــوله وخافا ان لا يقيما حدود الله اى ما يلزمهما من مواجب الزوجية * * * * * * * * * * * * *

فلا جناح

فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لاتسلم المال الاليسلم لهانفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها * وفى رواية الجامع الصغير امرأة اختلعت على اكثر من المهر الذى تزوجها عليه والنشوز منها طاب الفضل ايضا لا طلاق ماتلوناه بدأ ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز فى القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ماتلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل فى حق الاباحة لمعارض فبقى معمولا فى الباقى * وان طلقها

قـــوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اى فلا جناح على الرجل فيما اخذ وعلى المرأة فيما اعطت قـــوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة وفى احد قولى الشافعى رحمة الله تعالى عليه هو فسخ حتى لو خالعها بعد التطلقتين لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد فلو جعلنا الخلع طلاقا لصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضى ايضا وذلك بالخلع كالبيع * ولنا ماروى عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الاترى انه لاينفسخ بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضرورى لايظهر الا فى حق الاستيفاء والفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع عن الاتمام وكذلك فى خيار العتق والبلوغ واما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع فى الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد فى الحال واما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثلثة بعوض وبغير عوض فبهذا لايصير الطلاق اربعا قـــوله حتى صار من الكنايات اذا قال الرجل لامرأته خلعتك اوخالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يحتمل الطلاق لان انخلاعها يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح فاذا نوى الانخلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لابد من النية الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا * وفى الذخيرة واذا خلع الرجل امرأته ثم قال لم انوبه الطلاق فان لم يذكر بدلا صدق ديانة وقضاء وان ذكر بدلا بان قال لها خالعتك على الف درهم ثم قال لم اعن به الطلاق لايصدق قـــوله ولانها لاتسلم المال عطف على قوله لقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بائنة قـــوله لاطلاق ماتلوناه بدأ اى فلا جناح عليهما فيما افتدت به قـــوله لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة الجواز قد يثبت بدون الاباحة فان البيع وقت النداء يجوز ولا يباح فالجواز ضده الفساد واريد بالجواز هنا عدم الحرمة والاباحة ضدها الكراهة قـــوله وقد ترك فى حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى فلا يأخذوا منه شيئا وقوله عليه السلام اما الزيادة فلا * فان قيل الاخذ فعل حسى وقد ورد النهى عنه بتأكيدات اتأخذونه وكيف تأخذون والنهى عن الافعال الحسية يعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغى ان لا يكون الاخذ مشروعا اصلا فيكيف جاز مع الكراهة * قلنا النهى وان ورد عن الفعل الحسى لكن هو لمعنى فى غيره وهو زيادة الايحاش فلا تعدم * *

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا اوتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هى الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة (قال وان بطل العوض فى الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير اوميتة فلاشىء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض فى الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق فى الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما فى الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل فى الاول لفظ الخلع وهو كناية وفى الثانى الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شىء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لاوجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب اواعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله مجانا اما ملك البضع فى حالة الخروج غير متقوم على مانذكر وبخلاف النكاح لان البضع فى حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهار الشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال (قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا فى الخلع) لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم (فان قالت له خالعنى على ما فى يدى فخالعها فلم يكن فى يدها شىء فلاشىء له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعنى على ما فى يدى من مال فخالعها فلم يكن فى يدها شىء ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الابعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعنى مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج * * * * * * * فتعين

المشروعية فى نفسه كما فى قوله عليه الصلوة والسلام لا تتخذوا دوابكم كراسى * وانما قلنا ذلك لان المرأة تصرفت فى مالها بالدفع الى الزوج باختيارها فمن اين يثبت عدم مشروعية الاخذ * فان قيل حديث امرأة ثابت خبر الواحد والطلاق **قوله تعالى** فلا جناح يدل على حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد * قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان النشوز من قبله بقوله **تعالى** وان اردتم استبدال زوج مكان زوج فانه يكره الفضل بالاجماع فجاز تخصيصه بخبر الواحد **قوله** وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق وانما وقع بالقبول ولم يتوقف على الاداء بدلالة ذكره فى مقام المعاوضة وفى المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء **قوله** وكان الطلاق بائنا لما بينا وهو قوله ولانها لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها **قوله** وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر ولو كاتب على ميتة اودم فان الكتابة هناك باطلة حتى لوادى لا يعتق ولا تجب القيمة كذا ذكره الامام الاسبيجابى رحمه الله **قوله** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا فى الخلع ولاينعكس ولهذا يصلح اقل من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرا * وفى المبسوط وان اختلعت منه بما فى بطن جاريتها او بطون غنمها فهو جائز وله مافى بطونها بخلاف الصداق فان فى مثله يجب مهر المثل وان لم يكن فى بطنها شىء فلا شىء له لانه ماغرته فما فى البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح او ولد ميت **قوله** فان قالت له خالعنى على مافى يدى اراد باليد الجارحة لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره * وذكر فى المبسوط وان اختلعت بما فى بيتها من شىء فهو جائز وكل ما فى البيت فى تلك الساعة فهوله لان بالاشارة الى المحل ينقطع المنازعة بينهما بسبب * * * * * الجهالة

فتعين ايجاب ماقام به على الزوج دفعا للضرر عنه (ولو قال خالعنى على ما فى يدى من دراهم اومن الدراهم ففعل فلم يكن فى يدها شیء فعليها ثلثة دراهم) لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه (فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقنى ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليهاثلث الالف) لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وان قالت طلقنى ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شیٔ عليها عند ابيحنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالاهى واحد بائنة بثلث الالف) لان كلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء * * * * * * * * وله

الجهالة وان لم يكن فيه شیٔ فلا شیء عليه بخلاف ما اذا اختلعت على مافى بيتها من متاع فله ما فيه وان لم يكن فيه شیٔ فلا شیٔ له ورجع عليها بالمهر الذى اخذت منه لانها غرته بذكر ما هو مال متقوم ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لانه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم **قوله** فتعين ايجاب ما قام به اى ما قام البضع به وهو المهر **قوله** ولو قالت خالعنى على ما فى يدى من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن فى يدها شیٔ فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة * فان قيل ذكرت فى كلامها حرف من وهو للتبعيض فينبغى ان يجب بعض الدراهم وذا درهم او درهمان كقوله ان كان فى يدى من الدراهم الاثلثة فعبده حروفى يده اربعة دراهم فانه يحنث * قلنا من للتبعيض وقد يكون للبيان والتمييز ففى كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب ابهام فمن للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبعيض وقولها خالعنى على ما بيدى كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان ما فى يدها قد يكون من انواع شتى فاذا قالت من الدراهم فقد بينت ما ابهمت فصار كانها قالت خالعنى على الدراهم وقوله ان كان فى يدى غير تام بنفسه حتى لايجوز الاقتصار عليه فكان للتبعيض * فان قيل هذا يستقيم اذا لم تكن الدراهم محلاة بالالف واللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغى ان يجب درهم واحد كما لوحلف ان لايشترى العبيد اولايتزوج النساء لان الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام * قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عرى عن قرينة دالة على العهد كما فى النظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قولها على مافى يدى وهذا لان الدراهم جمع حقيقة وانما يتعطل معنى الجمعية عند ارادة الجنس للضرورة ولاضرورة ههنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا امكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستحالة ان يكون كل الدراهم فى يدها **قوله** وكلمة من ههنا صلة لاللتبعيض فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض كما فى مسئلة الجامع ان كان فى يدى من الدراهم فعبده حروفى كل موضع يختل الكلام بدونه كما فى مسئلة الخلع يكون صلة لان قولها خالعنى على ما فى يدى دراهم بدون من يكون مختلا لان الموضع للتمييز تحذف من هنا يختل بالمقصود بخلاف مسئلة الجامع فان الكلام فيها لايختل بدونه فاذا ذكر يجعل للتبعيض لتحصل فائدة جديدة **قوله** فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه اى على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلا شیٔ عليها لم تبرأ * * * * * * * **قوله**

* وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لايشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلى الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة وستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذاكان للشرط فالمشروط لايتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على مامر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع الطلاق ويملك الرجعة (ولوقال الزوج طلقى نفسك ثلثا بالف اوعلى الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان الزوج ما رضى بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقنى ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى * * * ولوقال

قــــوله وله ان كلمة على للشرط اى تستعمل للشرط لان اصلها اللزوم فاستعير للشرط لانه يلازم الجزاء فصارت طالبة للثلث بالف بكلمة هى للشرط فصار الطلقات الثلث شرطا لوجوب الالف فصار كانها قالت ان طلقتنى ثلثا فلك الالف * ولا يقال كلمة على دخلت على الالف فكيف يكون الطلاق شرطا * قلنا صار كل واحد من الطلاق والمال شرطا لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد * وذكر فى المبسوط وابوحنيفة رحمه الله يقول حرف على الشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزاء فجزاء وانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلث فاذا لم يوقع لايجب شئ* وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لايحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء * وقوله فى الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه اراد به ما ذكر فى المبسوط من قول ابى حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل ان يريد ان كلمة على فى هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على السطح فان تعذر يحمل على الالزام يقول عليه دين فان تعذر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالزام ومعنى الالزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعمالها بمعنى الالزام شائع مستفيض وفى الشرط معنى الالزام فيصير كانه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط قــــوله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلى الدار كان شرطا يريد به ان قوله على ان تدخلى الدار يفيد ان الدخول شرط فكذا على الف والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلاحاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والاجارة فانه لايحتمل التعليق بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء * فان قيل يشكل هذا بما اذا قالت المرأة لزوجها طلقنى وفلانة على الف درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة مالو التمست بحرف الباء * قلنا انما حملت هناك على معنى الباء لانه لاغرض لها فى طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها فى اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح قــــوله فالمشروط لايتوزع على اجزاء الشرط حتى اذا قال انت طالق ثنتين ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فدخلت احديهما لاتطلق ولوكان متوزعا على اجزاء الشرط لوقعت تطليقة واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالعوض فينقسم عليه ولايجب المشروط بالشرط * * * قــــوله

ولوقال

(ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف) ولابد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لى عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لى عليك والعوض لايجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت اوقال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما) عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لايقع الطلاق والعتاق * لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم * وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الابدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لايوجدان دونه (ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار اوعلى انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد * * * * والتصرفان

قوله ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وهو كقوله انت طالق بالف اى في اشتراط القبول قوله ولابد من القبول في الوجهين اى فيما اذا قال انت طالق بالف وفيما اذا قال انت طالق على الف * وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمه الله قال لامرأته انت طالق بالف اوعلى الف اوعلى ان تعطيني الفا اوخلعتك على الف اوبارأتك اوطلقتك بالف يقع بالقبول في المجلس وهذا يمين من جهة الزوج فيصح تعليقه واضافته ولايصح رجوعه ولايبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهة المرأة مبادلة فلايصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس ولايتوقف على البلوغ الى الزوج لانه تمليك المال من جهتها قوله والطلاق بائن لما قلنا اشارة الى قوله لانها لاتسلم المال الا ليسلم لها نفسها قوله اذ الاصل فيها الاستقلال الاترى انه اذا قال ان دخل فلان هذه الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق ضرتها في الحال لافرادها بالخبر فصارت مستقلة بنفسها ولوقال ان دخل فلان الدار فانت طالق وعبدى حرفان العتق يتعلق ايضا بالدخول لان قوله وعبدى حر ان كان تاما لكنه في حق التعليق قاصر لان خبر الاول لايصلح خبرا بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق شرعا بمال وبغيره والكرام يأبون قبول بدل الخلع اشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الامعاوضة فصلحت دلالة اولانه لماتردد بين الشرط والابتداء لايجب المال بالشك بخلاف قوله ادالى الفا وانت حر لان اول كلامه غيرمفيد شيئا الابآخره فانه يصير به تعليقا للعتق باداء المال وههنا اول الكلام ان صدر من الزوج بان قال انت طالق عليك الف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة الى ان يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس صحيح منها على ماذكرنا فلهذا لا يحمل على واو الحال كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه قوله

والتصرفان لايحتملان الفسخ من الجانبين لانه فى جانبه يمين ومن جانبها شرطها * ولابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولايتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما فى جانبه يمين حتى لايصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولاخيار فى الايمان وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لايكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلايتم الابالقبول فالاقرار به اقرار بما لايتم الابه فانكاره القبول رجوع منه (قال والمباراة كالخلع) كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابى حنيفة رحمه الله * وقال محمد رحمه الله لايسقط فيهما الاما سمياه * وابو يوسف رحمه الله معه فى الخلع ومع ابى حنيفة رحمه الله فى المباراة * لمحمد رحمه الله ان هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لاغير * ولابى يوسف رحمه الله ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام * ولابى حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما فى النكاح واحكامه وحقوقه (قال ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لانظر لها فيه اذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لايسقط المهر ولايستحق مالها

قـــوله والتصرفان وهما ايجاب الزوج وقبول المرأة اما ايجاب الزوج فانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لايقبل الفسخ واما قبول المرأة فانه شرط اليمين وكما ان اليمين لايقبل الفسخ فشرطها لايقبل الفسخ ايضا * ولابى حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها معاوضة حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولايتوقف على ما وراء المجلس واما قبولها فمن جانبها شرط اليمين * قلنا نعم قبول المرأة شرط فى حق الزوج فاما فى حق نفسه فتمليك مال جعل شرطا كرجل قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدى الآخر هذا حر انه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن ان يكون شرطا لليمين فكذا هذا قـــوله ومن قال لامرأته طلقتك امس الى قوله ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه والقبول شرط الحنث فتم اليمين بلا قبول فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا بشرط الحنث لصحتها بدونه فصار القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج لانه منكر واما البيع فايجاب وقبول ولاصحة لاحدهما بدون الآخر فصار الاقرار بالبيع اقرارا بما لايتم الابه فاذا انكره فقد رجع عما اقر به فلايصدق حتى لو قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبلى فقالت قبلت فكان القول قولها كما فى بيع العروض وكذا لو قال لعبده بعتك نفسك بالف ولم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول المولى وهذا والطلاق سواء قـــوله والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح اى من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لو اختلعت منه بشئ مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها اولا لزمها ما سمته وكان المهر للزوج * * * * * * * * * وكذا

ثم

ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط (وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولايسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان * * * * * * * وكذا

وكذا لو اخذت المهر منه ثم خالعها قبل ان يدخل بها على شئ فهو جائز والمهر كله لها وكذا لو باراها على شئ لايتبع احدهما صاحبه بشئ من المهر وكذا لوقبضت منه نصف المهر اواقل اواكثر ثم اختلعت منه بدراهم مسماة او بثوب معروف قبل ان يدخل بها فللزوج ما سمت له في الخلع ولا سبيل لاحدهما على صاحبه من المهر وكذا لو وقع على مائة درهم من المهر والمهر كله على الزوج او في يد المرأة لا يتبع صاحبه شئ من المهر وكذا لو كان المهر عبدا بعينه في يده اوفي يدها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله * وقال محمد رحمه الله تعالى لا يسقط فيها الاما سماه وايهما كان له قبل صاحبه شئ من المهر رده عليه * وابو يوسف مع محمد رحمه الله في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المباراة واما نفقة العدة فان شرطت في الخلع والمباراة يسقط اجماعا والالايسقط اجماعا واما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلا يقع البراءة عنها ان لم يشترط ذلك في الخلع والمباراة اجماعا وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز وان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها قــــوله ثم يقع الطلاق في رواية لانه علق الطلاق بقبول الاب ولو علق الطلاق بشرط وهو فعل الاب كدخول الدار يقع الطلاق ان وجد الشرط كذا هنا وفي رواية لايقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول اصح قــــوله وان خلعها على الف وهي صغيرة على ان الاب ضامن للالف فالخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لايستحق مالا على الصغيرة فلا يكون كفالة ولكن المراد هنا بالضمان التزام المال ابتداء لابجهة الكفالة وان لم يكن الضمان شرطا في الخلع وكان معطوفا لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق قــــوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وابضاعا وايداعا ولاولاية للاجنبي عليه * وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبي ولم يجز اشتراط بدل العتق لان الاجنبي بمنزلة المرأة في الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة في الخلع من غير ان يسلم لها شئ لان الطلاق ازالة لملك المتعة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح ضروري يظهر في حق الاسقاط فحسب فلم يحصل لها في الطلاق شئ ليصير اثباتا فنزل الاجنبي في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لايسلم الكل شئ واما في العتق فالمال شرع على العبد باداء ماسلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذا قوي وعتقت البكر اذا قربت وادركت فصار الاعتاق اثباتا للقوة الشرعية بعد ماكانت معدومة والقوة معنى يثبت فيه فلا يجوز ان يكون هوحاصلا للعبد ثابتا فيه وعوضه مستحق على غيره فصار كالبيع فلا ينزل الاجنبي منزلته في ذلك ولهذا لزمته قيمته في العتق على الخمر واعتاق احد الشريكين واعتاق الراهن المستعير * ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان كالاعتاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدا ولايسلب المالكية والاعتاق لازالة الرق وهو ثابت في المحل على الكمال وسلطان المالكية ساقط به فصار الاعتاق اثباتا للقوة بعد العدم والطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصح انه اسقاط والاعتاق اثبات قــــوله ان كانت من اهل القبول بان كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها * * * * قــــوله

وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولايسقط المهروان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفى القياس تلزمه الالف * واصله فى الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لا شئ عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب الظهار

(اذا قال الرجل لامرأته انت على كظهر امى فقد حرمت عليها لايحل له وطئها ولامسها ولاتقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا * * * * * * * * * * *

قوله وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولايسقط المهر وان لم يقبل وقبل الاب عنها هل يقع الطلاق فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط * ثم قيل تأويل المسئلة ان خالعها على مال مثل مهرها امالو خالعها على الصداق لم يجز الخلع اصلا لانه مال مملوك وليس للاب ولاية ابطال ملكها باذاء ماليس بمتقوم ولا معتبر بضمانه فى ذلك والاصح ان الخلع على مهرها وعلى مال مثل مهرها سواء لانه وان سمى المهر فى الخلع فانما يتناول العقد مثله وضمان الاب اياه صحيح فبعد ذلك ينظر ان كان المهر الف درهم لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول * وفى الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة واصله ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالف ثم اختلعت بالف قبل الوطئ ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لاشئ عليها لان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها وبدل الخلع اذا اضيف الى اجنبى شرط قبوله وان اضيف الى المرأة او الى الغير لكن المرأة خاطبت او لم يضف الى احد شرط قبولها لانها اولى اذ الملك يسقط عنها **قوله** وان قبل الاب عنها ففيه روايتان هذا القبول هو فى معنى الشرط فى رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة وفى رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذا لايحتمل النيابة وهذا اصح والله اعلم * * * *

باب الظهار

هو فى الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التأبيد * وركنه انت على كظهر امى * وشرطه ان يكون المشبه منكوحة حتى لايصح الظهار من امته * واهله من هو اهل للكفارة حتى لايصح ظهار الذمى والصبى * وحكمه حرمة الوطئ الى غاية الكفارة مع بقاء اصل الملك كما فى حال الحيض * والاصل فيه **قوله تعالى** والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا نزلت الآية فى خولة امرأة اوس بن الصامت رآها وهى تصلى وكانت حسنة الجسم فلما سلمت راودها فابت بغضب فظاهر منها فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان اوسا تزوجنى وانا شابة مرغوبة فى فلما خلاسنى ونثرت بطنى جعلنى عليه كامه * وروى انها قالت له ان لى صبية صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الى جاعوا فقال عليه السلام ما عندى فى امرك شئ * وروى انه قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت **قوله** والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع اصله وهو التحريم ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح * * * * قوله

فتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة * ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام (فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولاشئ عليه غير الكفارة الاولى ولايعاود حتى يكفر) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولاتعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا لبينه صلى الله عليه وسلم (قال وهذا اللفظ لايكون الا ظهارا) لانه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لايصح) لانه منسوخ فلايتمكن من الاتيان به (واذا قال انت على كبطن امى اوكفخذها او كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى عضو لايجوز النظر اليه (وكذا ان شبهها بمن لايحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته اوعمته اوامه من الرضاعة) لان هن فى التحريم المؤبد كالام (وكذلك ان قال رأسك على كظهر امى اوفرجك او وجهك اورقبتك اونصفك اوثلثك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدى كما بيناه فى الطلاق (ولو قال انت على مثل امى او كامى يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال اردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش فى الكلام (وان قال اردت الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام فى الحرمة فكانه قال انت على حرام ونوى الطلاق (وان لم يكن له نية فليس بشئ) عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة * وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لاغير فعند ابى يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين * وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال انت على حرام كامى ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابى يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار * * * * * والوجهان

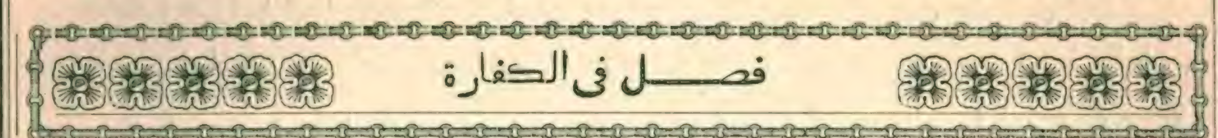
قوله فتناسب المجازاة عليها بالحرمة لان تحريم الحلال يصلح جزاء للجناية قال الله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم ويناسب ان تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات * ثم الوطى اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يحرم الدواعى لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس فى القرآن كناية عن الجماع الا انا نقول التماس حقيقة للمس باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز **قوله** وهذا اللفظ وهو قوله انت على كظهر امى لايكون الا ظهارا * قال ابو يوسف رحمه الله وكذا لو قالت لزوجها انت على كظهر امى لانه تحريم يرتفع بالكفارة **قوله** وكذا ان شبهها بمن لايحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه بنسب اورضاع او مصاهرة ولو شبهها بظهر اجنبية لايكون مظاهرا لانها تحل له بالعقد ولو قال انت على كظهر فلانة وهى ام المزنى بها او ابنة المزنى بها لايصير مظاهرا لان بالزنا لاتثبت حرمة المصاهرة عند الشافعى رحمه الله فتكون حرمته غير قطعية فلا يمكن الحاقها بالمنصوص اطلقه فى الشافى وفى الكفاية يكون مظاهرا عند ابى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله **قوله** واو قال انت على مثل امى او كامى يرجع الى نيته الى قوله وان عنى به التحريم لاغير فعند ابى يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين اذ الحرمة فى اليمين للغير بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين * * * * * ادنى

والوجهان بيناهما (ولو قال انت على حرام كظهر امى ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا) عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لايكون ظهارا وعند ابيوسف رحمة الله تعالى عليه يكونان جميعا قد عرف فى موضعه * ولابى حنيفة رحمه الله انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه (قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل فى الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولاطلاق فى المملوكة (فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق فى التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول وزورا * * * والظهار

ادنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت فى الحرمة ولان حرمة الايلاء ترتفع بالحنث بدون اداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع الا باداء الكفارة ولان سبب الحرمة فى الظهار منكر من القول والحرمة الثابتة بالايلاء بسبب مشروع فى الجملة لان اليمين مشروع فى الجملة اذا كان السبب اقوى فى الحرمة كان الحكم اقوى ضرورة **قوله** والوجهان بيناهما وهو ما قال ابويوسف رحمه الله فى قوله انت على مثل امى ونوى التحريم لا غير يكون ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه يختص به **قوله** وعند ابى يوسف رحمه الله يكونان جميعا اى يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق فى القضاء فى صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق ان وقع بقوله انت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لايصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت على حرام * قلنا اللفظ الواحد لايحتمل معنيين مختلفين كذا فى المبسوط* وذكر فى الفوائد الظهيرية جواب ابى يوسف عن هذا فقال جاز ان يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة **قوله** ولابيحنيفة رحمه الله انه صريح فى الظهار فلايحتمل غيره لان معنى قوله انت على كظهر امى انت على حرام كظهر امى فيكون الحرام تفسيرا للظهار والشىء لا يتغير بتفسيره كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله **قوله** ثم هو محكم وهذا لان الحرمات انواع حرمة الايلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار وقد ترجحت حرمة الظهار على ماعداها بالتشبيه بظهر الام فكان القول محكما فى حرمة الظهار فيحمل المحتمل على المحكم بخلاف ما اذا قال انت على حرام كامى حيث تصح نية الطلاق لان الظهار مفسر بقوله انت على كظهر امى ولايكون مفسرا فى الظهار فى الاول دون الثانى الاترى انه لو صح نية الطلاق فى قوله انت على كظهر امى يلزم رد حكم النص لان هذا القائل داخل تحت **قوله تعالى** والذين يظاهرون من نسائهم **قوله** ولان الحل فى الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة وهذا لان حرمة الظهار عرف بنص القرآن معلولا بقوله منكرا من القول وزورا باعتبار ان النكاح شرع لافادة حل الوطء الذى هو سبب التوالد والتناسل فكانت الزوجية فى اعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل عنها فلما شبه التى فى اعلى درجات الحل بمن هى فى اعلى درجات الحرمة كان منكرا من القول وزورا والحل فى الامة تابع ولا يكون مقصودا ولهذا جاز تخلف الحل * * * عن

والظهار

والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه انتن على كظهر امى كان مظاهرا منهن جميعا) لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة ثبتت فى حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله ولم يتعدد ذكر الاسم والله تعالى اعلم بالصواب



فصل فى الكفارة

(قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب (قال وكل ذلك قبل المسيس) وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلابد من تقديمها على الوطىء ليكون الوطىء حلالا (قال وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه * والشافعى رحمة الله تعالى عليه يخالفنا فى الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلايجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة * ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة * * * * وقد

عن ملك اليمين فلم يكن تشبيهها بالام فى كونه منكرا مثل تشبيه المنكوحة بالام فلم تلحق بالمنكوحة فى حكم النص **قوله** والظهار ليس بحق من حقوقه وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح مثبت للحل وبينهما تناف وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلايصلح ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتوابعه **قوله** بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك وهذا لان حق الملك ما يتأكد به الملك والملك يتأكد بالاعتاق لانه ينتهى به والشىء بانتهائه يتقرر ويتأكد ولهذا يثبت له الولاء **قوله** بخلاف الايلاء منهن بان قال والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا واما اذا قرب الكل قبل مضى المدة تجب عليه كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعدد لانه قال مرة واحدة والله لا اقربكن والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى الكفارة

قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة اى اعتاقها فان العتق ينوب عن الكفارة الاترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدتها **قوله** وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة وعند بعض المشايخ رحمهم الله لايجوز اعتاق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا حل قتله وصرف الكفارة الى الحربى لايجوز **قوله** اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه * وقوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق لان المدبر لايجوز لنقصان رقه والمكاتب الذى لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه **قوله** ونحن نقول المنصوص عليه اى اعتاق الرقبة وقد تحقق * فان قيل امر بتحرير رقبة وهى نكرة * * * * * * فيخص

وقد تحقق وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره (ولا تجزى العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين) لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشى وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى تجوز العوراء او مقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه مافات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانت مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى اذ هو عليه متعذر (ويجوز الاصم) والقياس ان لايجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لايسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لايجزيه (ولايجوز مقطوع ابهام اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذى لايعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع (والذى يجن ويفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع (ولا يجزى عتق المدبر وام الولد) لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا (وكذا المكاتب الذى ادى بعض المال) لان اعتاقه يكون ببدل * وعن ابيحنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لايحتملان الانفساخ (فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز) خلافا للشافعى رحمه الله * له انه استحق الحرية بجهة الكتابة * * * * فاشبه

فيخص فى الاثبات وقد ارتدت بها المؤمنة فبطلت الكافرة لان الكفر والايمان ضدان * قلنا جواز المؤمنة لانها رقبة لا لانها مؤمنة الا ترى انا نجوز الصغيرة والكبيرة وبين صفتى الصغر والكبر تضاد **قــــوله** وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله فلايجوز صرفها الى عدوه * قلنا قصد المكفر ان يتمكن من الطاعات نحو الزكوة والحج والجهاد والقضاء والشهادة ثم مقارنة العبد المعصية تضاف الى سوء اختيار العبد فلا يخل ذلك بمقصود المكفر * فان قيل قال الله تعالى ولاتيمموا الخبيث منه تنفقون نهى ان يطلب التقرب بالخبيث ولاخبث اشد من الكفر * قلنا الكفر خبث من حيث الاعتقاد والمصروف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال **قــــوله** حتى تجوز العوراء وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتجوز لانها ناقصة نقصانا لايرجى زواله فكانت كالعمياء * والاصل عنده ان كل عيب لايرجى زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لايمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ويجزى الخصى ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فات جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية * قلنا بعد الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ماهو زينة وجمال فلا يصير الرقبة مستهلكة كفوت شعر الحاجبين واللحية وفى الخصى ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهى زائدة على مايطلب من المالك **قــــوله** والذى يجن ويفيق يجزيه يريد به اذا اعتقه فى حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد رحمه الله اذا اعتق عبدا حلال الدم قد قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز كذا فى المحيط **قــــوله** ولا يجزى عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوقة عرفا وقد دل على الرق **قوله تعالى** فتحرير رقبة فيقتضى قيام الرق مطلقا وبالاستيلاد يتمكن النقصان فى الرق حتى لا يعود الى الحالة الاولى بحال ولان **قوله تعالى** فتحرير رقبة يقتضى انشاء العتق من كل وجه واعتاق ام الولد تعجيل لما صار مستحقا لها فلا يكون انشاء من كل وجه هكذا فى المبسوط * * وانما

فاشبه

فاشبه المدبر * ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ماBينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقى عليه درهم والكتابة لاتنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولوكان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق فى حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضرورى لايظهر فى حق الولد والكسب (وان اشترى اباه او ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا يجوز * وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الايمان ان شاء الله تعالى * * فان اعتق

وانما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لان العتق ضد الرق لاضد الملك لان الملك ثابت فى الثياب ولا يثبت العتق فيها والاعتاق ازالة الرق واثبات القوة فكماله بكمال الرق او الضعف الحكمى * فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند ابيحنيفة رحمه الله والملك فيهما كامل فنقصان الرق لايمنع كمال الاعتاق* قلنا هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الاعتاق ازالة الملك المستلزمة لزوال الرق وانما كان اعتاقا لزوال الرق لا لزوال الملك بدليل انه لا يتصور الاعتاق بدون رق المحل ولو كان الاعتاق ازالة الملك لوجب ان يصح فى مملوك لارق فيه قــــوله فاشبه المدبر اى على مذهبكم فعند الشافعى رحمه الله تعالى بيع المدبر جائز فكيف لايجوز اعتاقه من الكفارة فكان هذا منه استدلالا بمذهبنا احتجاجا علينا قــــوله ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ماBينا وهوقوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولا يتمكن النقصان فى رقه ولايصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق فى الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل اولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لايمنع ولوتمكن نقصان فى رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما ان ثبوت الحرية من كل وجه لايحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لان حق العتق لايحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاد بخلاف المكاتب الذى ادى بعض البدل لانه تحرير بعوض وبه لايتأدى الكفارة لانها عبادة فلابد ان يكون خالصة لله تعالى ومتى كان بعوض لم يكن خالصا لانه يكون تجارة قــــوله والكتابة لاتنافيه اى لا تنافى الرق لان موجب الكتابة فك الحجر فى حق المكاسب وذا لا يتمكن نقصانا فى رقه كالاذن فى التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيها لازما اوغير لازم لايمكن نقصانا فى الرق والملك كالاعارة والاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاسب والمنافع وهى مستحقة له فاذا لم يكن نقصانا فى الرق لايمنع من التحرير للتكفير لانه ازالة الرق ولئن كان مانعا منه ينفسخ ضمنا للاعتاق لانه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضا هنا دلالة لانه لما رضى بحصول العتق ببدل لان يرضى بحصوله بلا بدل اولى قــــوله الا انه يسلم له الاكساب جواب سؤال بان يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت له الاكساب والاولاد لان سلامتها موجب حصول العتق بجهة الكتابة * قلنا انما سلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لوكانت ام ولد ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد ويسلم لها الاكساب والاولاد * وهذا لان العتق فى المكاتب واحد والاعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفى حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة * * * * * اذا

(فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابى حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما) لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض * ولابى حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز) لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك * وهذا على اصل ابى حنيفة رحمه الله * واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابى حنيفة رحمه الله) لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق) اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لايقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله والصوم فى هذه الايام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا اونهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال ابو يوسف رحمه الله لايستأنف لانه لايمنع التتابع اذلايفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه * * * ولهما

اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لايرجع عليها بشئ ويجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفى حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة كذا فى المبسوط او نقول الفسخ ضرورى والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكفير لافى حق الاولاد والاكساب لانه لا دلالة على الرضاء فيهما * فان قيل الملك انتقض بالكتاب حتى لايدخل تحت المملوك المطلق قلنا الملك غير منصوص عليه وانما شرط الملك ضرورة ان العتق لاينفذ الافيه فشرط بقدر مايتأدى به الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة * وهذا لان الاعتاق لازالة الرق وملك الرقبة فكماله بكمالهما وهما كاملان لما مر وانما خرج عن ملك اليد والاعتاق لايتصل به قــــوله فان اعتق نصف عبد مشترك الى قوله بخلاف ما اذا كان معسرا حيث لا يجوز بالاتفاق وكان ينبغى ان يجوز عندهما لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيكون حرا مديونا لكن لما وجب عليه السعاية فى نصيب شريكه كان اعتاقا بعوض فلايجوز عن الكفارة ولايجب عليه شئ اذا كان المعتق موسرا وقد عتق الكل لان الاعتاق لايتجزى عندهما * ولابى حنيفة رحمه الله ان الاعتاق يتجزى فانما عتق نصيبه فى الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة وقد تمكن النقصان فى النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع فى ملك شريكه وليس من الاداء اذ لا اداء قبل الملك وبالضمان صار ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير وصار كانه اعتق عبدا الاشيئا منه * فان قيل المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان فى ملكه لافى ملك شريكه * قلنا الملك فى المضمون يثبت بصفة الاستناد فى حق الضامن والمضمون له لافى حق غيرهما فيتمكن النقصان فى نصيب الساكت فى حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز * قــــوله فكفارته صوم شهرين متتابعين فان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير الاهلة ثم افطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستيناف قــــوله ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولايوم النحر ولاايام التشريق وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام قــــوله ليلا عامدا ليس بقيد لان العمد * * والنسيان

ولهما

* ولهما ان الشرط فى الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجزه فى الكفارة الا الصوم) لانه لاملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال (وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (واذا لم يستطع الظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) **لقوله تعالى** فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر اوشعير اوقيمة ذلك لقوله عليه السلام فى حديث اوس بن الصامت وسهيل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر * وقوله اوقيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكوة فان اعطى منامن بر او منوين من تمر اوشعير جاز * * * * * * لحصول

والنسيان فى الليل سواء وقد نص عليه فى شرح الطحاوى فقال ولو جامعها بالليل ناسيا اوعامدا وقوله او نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق لانقطاع التتابع * وقال ابو يوسف رحمه الله لايستأنف لانه لايمنع التتابع اذ لايفسد به الصوم وهو الشرط **قــــوله** ولهما ان الشرط فى الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص يعنى ان الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونهما قبله اخلاؤهما عنه فاذا وطئها فقد تعذر صومهما قبل التماس ولم يتقرر اخلاؤهما عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد امكن اعتباره * فان قيل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القبلية وقد سقط اعتبارها فى هذه المسئلة فسقط ما فى ضمنها * قلنا لم يسقط اعتبارها فى هذه المسئلة فان الحكم لايتبدل بمعصية العبد بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لايؤخذ بفعل عجز عن اقامته كما لاتؤخذ المرأة بالتتابع ايام الحيض فى صوم شهرين متتابعين لابسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بسائر الوجوه التى يقدر عليها * ولما كان شرط القبلية قائما بقى مافى ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمرأة فى اقامة شرط التتابع كذا فى الاسرار * وذكر فى شرح الطحاوى ان المرأة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت فى خلال ذلك فانها لاتستقبل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لاتجد صوم شهرين متتابعين لاحيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو افطرت يوما بعد الحيض يستقبل ولوكانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت فى خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجد صوم ثلثة ايام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس فى آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لانه قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فانتقض حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة والافضل ان يتم صوم هذا اليوم ولو لم يتمه وافطر لايجب عليه القضاء عندنا * وقال زفر رحمه الله يجب عليه القضاء ولوقدر على الاعتاق بعد غروب الشمس فى آخر اليوم جاز صومه عن كفارته **قــــوله** وان ظاهر العبد الى قوله فلا يصير مالكا بتمليكه * فان قيل ينبغى ان يثبت العتق فى ضمنه اقتضاء * قلنا انما يصح ذلك ان لو كان تبعا والعتق اصل الاهلية فلا تثبت اقتضاء **قــــوله** اوقيمة ذلك اى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما فى الاعداد المنصوصة فلايجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة تبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز * والاصل فيه * * * * * * * * * * ان كل

لحصول المقصود اذ الجنس متحد (وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه) لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا *

ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لايكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان فى القيمة اكثر كذا فى المحيط * وهذا لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما اعتبار له فى غير المنصوص عليه * فان قيل يشكل على هذا ما لو كسا عشر مساكين ثوبا واحدا فى كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام * قلنا لايرد علينا ذلك لان المنصوص عليه هنالك فى الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لايحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدي منصوصا عليه فيعتبر المعنى فيه فكان هذا طرد الانفضاء لانا قلنا ان اعتبار معنى النص فى غير موضع النص وهذا فى غير موضعه لما قلنا فيجوز ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة تجوز اقامة احدهما مقام الآخر والمقصود باصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه اولى كذا فى المبسوط قــــوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد اى من حيث الاطعام ورد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر * وانما علل هنا باتحاد الجنس لانه اذا اختلف الجنس لا يجوز تكميل احدهما بالآخر حتى انه اذا اطعم خمسة مساكين فى كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة ارخص من الطعام لم يجزه لان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الاترى ان الاباحة تجوز فى احدهما دون الاخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا والمنصوص عليه ثلثة انواع لا غير ذكره فى ايمان المبسوط واما اذا اعتق نصف رقبة وصام شهرا او اطعم ثلثين مسكينا لا يجوز لان نصف الرقبة ليس برقبة واكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانها لا يجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالآخر * فان قيل يشكل على قوله اذ الجنس متحد ما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منها لايجوز عن الكفارة مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق * قلنا انما لايجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة فى كل رقبة تمنع التكفير بخلاف الاضحية فان الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن اضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما فى البدنة قــــوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى * وفى الكافى وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل جاز لانه صار مملوكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا نيابة عن الآمر ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه منه كما لو امره صريحا بالقبض فيقبضه ثم امره بان يصرفه الى نفسه كفارة ولا يكون للمأمور ان يرجع على الآمر فى ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يرجع لان الكفارة كانت دينا عليه فاعتبرت بديون العباد * وقوله فى الكتاب لانه استقراض معنى وقع على قول ابى يوسف رحمه الله قــــوله فان غداهم وعشاهم الرواية بالواو وعشاهم لا باو لان احدهما لا يجزى * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وفى بعض نسخ الهداية فان غداهم غدائين او عشاهم عشائين * وفى المبسوط المعتبر فى التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغدان او عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء * وفى المجرد عن ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا غدا ستين مسكينا وعشا آخرين لايجوز ذكره فى المحيط قــــوله قليلا كان ما اكلوا او كثيرا اى بعد ما شبعوا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار * * * * * * * * قوله

وقال

* وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا تنوب منابه الاباحة * ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم وفى الا باحة ذلك كما فى التمليك اما الواجب فى الزكوة الايتاء وفى صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبى فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفى كاملا ولابد من الادام فى خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفى خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه فى يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد فى كل يوم فالدفع اليه فى اليوم الثانى كالدفع الى غيره * * * * * * * * وهذا

قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليك والاصل ان الاباحة تصح فى الكفارات كفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكوة وصدقة الفطر والحلق عن الاذى والعشر فانه يشترط فيه التمليك والضابط ان ما شرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز فيه الاباحة وماشرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه التمليك * وقال الشافعي رحمه الله يشترط التمليك فى الكفارات ايضا اعتبارا بالكسوة فانه لو اعار ثيابا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لا يجوز والجامع انه احد انواع التكفير اعتبارا بالصدقات وهذا لان الاطعام يذكر للتمليك عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتك هذا الطعام اى ملكتكه والغرض دفع حاجة الفقير والتمليك ادفع لحاجته واغناؤه وذا يحصل بالتمليك دون التمكين * ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك فى التمكين من الطعام اذ الاطعام فعل متعد لازمه طعم اى اكل فالاطعام جعله آكلا كسائر افعال تعدت بالهمزة فاذا لم يكن مطاوعة ملكا لم يكن متعدية تمليكا * فمن شرط التمليك فقد زاد على النص * فان قيل الاطعام لايخلو اما ان يكون حقيقة للتمليك والاباحة اوتكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر اويكون مجازا لهما وايا ما كان لا تكون الاباحة مرادة لئلا يلزم تعميم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز اذ التمليك مراد اجماعا * قلنا انما جاز التمليك عندنا بدلالة النص والعمل بدلالة النص لا يمنع العمل بحقيقته الا ترى ان شتم الوالدين حرام بدلالة النص واصله قائم ووجه الدلالة ان الاباحة جزء من التمليك تقديرا لان حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضائها فصار التمليك كقضائها كلها والاكل من هذه الحوائج فتناول النص جزءها فصحت تعديته الى كلها لاشتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملا بالنص معنى بخلاف الكسوة فان النص ثمه تناول التمليك لانه جعل الثوب هناك كفارة اذ الكسوة اسم للثوب فيوجب التكفير بعين الثوب وانما يكون كذلك بالتمليك دون الاعارة لانها تصرف فى المنفعة فكان النص ثمه واقعا على التمليك الذى هو قضاء لكل الحوائج فلم تصح تعديته الى جزئها وهو الاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب ثمه الايتاء والاداء وهما ينبئان عن التمليك * واما صدقة الحلق على الاذى فعند محمد رحمة الله تعالى عليه يشترط فيها التمليك لان المنصوص عليه الصدقة فينصرف الى التمليك كصدقة الفطر وعند ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه تجوز فيها الاباحة لانها كفارة فاعتبرت بسائر الكفارات قوله فان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لايجوز * * قوله

وهذا فى الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات فقد قيل لايجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد فى يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص (وان قرب التى ظاهر منها فى خلال الاطعام لم يستأنف) لانه تعالى ماشرط فى الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى فى غيره لايعدم المشروعية فى نفسه (واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابيحنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما) له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب اوفرق فى الدفع * ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو وفى الجنسين معتبرة واذا لغت النية فالمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لاينوى عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز) لان الجنس متحد فلاحاجة الى نية معينة (وان اعتق عنهما رقبة واحدة اوصام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وعن قتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر رحمه الله لايجزيه عن احدهما فى الفصلين * وقال الشافعى رحمه الله له ان يجعل عن احدهما فى الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد * وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده

قــــوله وهذا فى الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات فقد قيل لايجزيه * وذكر فى المحيط وهو الصحيح لانه بعد ما استوفى وظيفته فى هذا اليوم لايحصل سد خلته تصرف وظيفة اخرى فى هذا اليوم اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى فى حكم تلك الكفارة كالمعدوم وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف احوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرا * وقد قيل يجزيه لان الحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك فى يوم واحد كما يجوز فى الايام بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان الواجب عليه تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لايجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا فى المبسوط قــــوله ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو لانها شرعت للتمييز بين الاجناس المختلفة اذ فى الجنس الواحد لايختلف الغرض فلايحتاج الى التمييز والتصرف اذا اخطأ محله يلغو واذا لغت نيته عددا لاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى صلح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية التعين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى المرة الثانية كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد فى الوظيفة فنقص عن المحل فلايجزيه الابقدر المحل كما لو اعطى ثلثين مسكينا فى كفارة واحدة كل مسكين صاعا * وبيان ذلك ان الواجب عليه فى كل كفارة اطعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص عن المحل وزاد فى الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد ادى صاعا * * * * قــــوله

* ولنا

* ولنا ان نية التعيين فى الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفى الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس فى الحكم وهو الكفارة باختلاف السبب فنظير الاول اذا صام يوما فى قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثانى اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز والله تعالى اعلم بالصواب

باب اللعان

(قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنا فى حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم *والاستثناء

قــــوله ولنا ان نية التعيين فى الجنس المتحد غير مفيد فتلغو اراد به تعميم الجنس بالنية الاترى انه اذا عين ظهار احديهما للتكفير صح ويبطل ظهارها حتى جاز له قربانها كذا فى الفوائد الظهيرية قــــوله وفى الجنس المختلف كما اذا عتقت عن كفارتى ظهار وقيل لا يجوز بعينه عن احدهما بعد ذلك قــــوله فنظير الاول اذا صام يوما فى قضاء رمضان عن يومين * فان قيل اذانوى ظهرين من يومين فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتيج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثانى غير الاول حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب ماعلق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس والدلوك فى اليوم الثانى غير الدلوك فى اليوم الاول وفى رمضان علق بالشهر وهو واحد فلا جرم يحتاج الى تعيين يوم السبت اوالاحد حتى قالوا فى قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين ولونوى ظهرا و عصرا اوظهرا وصلوة جنازة لم يكن شارعا فى واحد منهما للتنافى وعدم الرجحان * ولو نوى ظهرا و نفلا لم يصر شارعا اصلا عند محمد رحمه الله لانهما يتنافيان وعند ابى يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله يقع عن الظهر لانه اقوى * ولونوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع اوالحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله فى الكل لان النيتين بطلتا بالتعارض فبقى مطلق النية فصار نفلا * وعند ابى يوسف رحمه الله يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو الفرض او الواجب * ولو نوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا اما عند ابى يوسف رحمه الله فظاهر واما عند محمد رحمه الله فلان النيتين بطلتا بالتعارض فبقى مطلق النية وباطلاق النية يتأدى فرض الحج والله اعلم * * * * * * * * * * * *

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا واصل اللعن الطرد * وفى الشرع عبارة عما يجرى بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب سمى الكل لعانا لما شرع فيها من اللعن كالصلوة يسمى ركوعا وسجودا لذلك * وركنه الشهادات الصادرة منهما * وشرطه قيام الزوجية * وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد فى الاجنبى * واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعى رحمه الله من كان اهلا لليمين *وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعن ولكن لاتقع الفرقة بنفس اللعن عندنا حتى لوطلقها فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو كذب الرجل نفسه حل له الوطئ من غير تجديد النكاح بمنزلة مالو اسلم احد الزوجين يحرم الوطئ ولاتقع الفرقة قبل التفريق قــــوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة * ذكر فى الاسرار والاهل من هو اهل لاداء سائر الشهادات * فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين * قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضى بشهادة هؤلاء جاز قــــوله والمرأة ممن يحد قاذفها شرط ذلك فى جانبها لانها وان كانت من اهل الشهادة فربما كانت ممن لايحد قاذفها بان كانت زنت وحدت وقيل اذا كان معها ولد ليس له اب معروف لايجب اللعان وان كانت من اهل الشهادة * * * قــــوله

والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن فى جانبه باللعن لوكان كاذبا وهوقائم مقام حد القذف وفى جانبها بالغضب وهوقائم مقام حد الزنا اذاثبت هذا نقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هى ممن يحد قاذفها لانه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابدمن احصانها ويجب بنفى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطىء عن شبهة كما اذا نفى اجنبى نسبه عن ابيه المعروف * وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن اويكذب نفسه) *

قــــوله والاستثناء انما يكون من الجنس استثنى انفسهم من الشهداء فثبت ان الزوج شاهد لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعى رحمه الله يمان مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله بالله محكم فى اليمين والشهادة يحتمل اليمين فانه لو قال اشهد كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم قــــوله ثم قرن الركن فى جانبه باللعان لوكان كاذبا وهوقائم مقام حد القذف يعنى انما قرن باللعن لقيامه مقام حد القذف فى حقه فى زعم المرأة اذ كل واحد من الحد والاستشهاد بالله كاذبا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك وكذلك فى حق المرأة بمنزلة حد الزنا فى زعم الرجل لانه مهلك فى حقها لانها كاذبة فى زعم الرجل فى شهادتها قــــوله لانه قائم فى حقه مقام حد القذف حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد كالحد فى حق الاجنبيات * فان قيل يشكل على هذا ما لو قذف اربع نسوة له فى كلمة واحدة اوكلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة واما لوقذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة فلوكان اللعان قائما مقام حد القذف فى حقه لوجب عليه اللعان مرة * قلنا انما كان هكذا لان المقصود هناك يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وههنا لايحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن فى كلمات اللعان فقد يكون صادقا فى حق بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولايحصل ذلك بلعان بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لوكان محدودا فى قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحد واحد كما فى الاجنبيات كذا فى المبسوط * وانما خص الغضب فى جانبها دون اللعن فى المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن يكثر اللعن ويكفرن العشير فسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعسى هن يجترين على الاقدام لكثرة جرى اللعن على السنتهن وسقوط وقعته عن قلوبهن فاقيم الغضب مقام اللعن فى حقهن ليكون ردعا لهن عن الاقدام قــــوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطىء جواب سؤال يريد به لايقال جاز ان لايكون ابنه ولاتكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والنافى صادق فى نفيه لان هذه الشبهة غير معتبرة لانعقاد الاجماع على انه لو نفاه اجنبى عن الأب المشهور يصير قاذفا مع وجود هذا الاحتمال * وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به والملحق به عارض والاصل عدمه فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به * * * * * * * * * * * قــــوله

لانه

لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتى بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب (ولو لاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه) لانه حق مستحق عليه وهى قادرة على ايفائه فتحبس فيه (واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه (وان كان من اهل الشهادة وهى امة او كافرة او محدودة فى قذف او كانت ممن لايحد قاذفها) بان كان صبية او مجنونة اوزانية فلاحد عليه ولالعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته * والاصل فى ذلك قوله عليه السلام اربعة لالعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذهو ليس من اهله (قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد اربع مرات يقول فى كل مرة اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها فى جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول فى كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا) والاصل فيه ماتلوناه من النص *وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله انه يأتى بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال *وجه ماذكر فى الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال (قال واذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضى بينهما) وقال زفر رحمه الله تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث * ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبى عليه السلام كذبت عليها يارسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهى طالق ثلثا قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله) لان فعل القاضى انتسب اليه كما فى العنين * * * وهو

قوله لانه حق مستحق عليه لانه اخبار يجرى مجرى الامر ولان المصدر المقرون بحرف الفاء فى موضع الجزاء يراد به الامر كما فى قوله تعالى فتحرير رقبة قوله وهو قادر على ايفائه وهذا قيد لانه لايحبس فى ايفاء الحق المستحق اذا لم يقدر على الايفاء كما فى المفلس قوله واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان اسلمت امرأته فقذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام قوله وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد جواب سؤال بان يقال ينبغى أن يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه فاذا امتنع اللعان يصار الى الموجب الاصلى * قلنا امتناع اللعان بمعنى من جهتها واهلية اللعان موجودة فى حقه اذ هو من جملة من شرع اللعان فى حقه فلا يجب عليه الحد قوله ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب اللعان فيكون موجبا للحد ولايجوز ان يقال امتناع جريان اللعان لكونها محدودة لان اصل القذف من الرجل فانما يظهر حكم المانع فى حقها بعد قيام الاهلية فى جانبه فاما بدون الاهلية فى جانبه فلا يعتبر بجانبها قوله دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبى عليه السلام لما لاعن بين عويمر وبين امرأته قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها هى طالق ثلثا قوله كذبت عليها جزاء مقدم * * * * * * * * على

(وهو خاطب اذا اكذب نفسه) عندهما * وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد * ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان (ولو كان القذف بنفى الولد نفى القاضى نسبه والحقه بامه) وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد وكذا فى جانب المرأة (ولو قذفها بالزنى ونفى الولد ذكر فى اللعان الامرين ثم ينفى القاضى نسب الولد ويلحقه بامه) لما روى ان النبى عليه السلام نفى ولد امرأة هلال ابن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق * وعن ابى يوسف رحمه الله ان القاضى يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلابد من ذكره (فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضى) لاقراره بوجوب الحد عليه (وحل له ان يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم * * *

على الشرط وهو قوله ان امسكتها وقوله هى طالق كلام مستأنف قاله بعد اللعان يريد انه اوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم يكن النكاح قائما بعد اللعان لانكر على اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولما حل له ان لا يرد عليه * فان قيل قد انكر فانه روى انه قال لا سبيل لك عليها * قلنا هذا لا يدل على الرد فان عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح لاجل حرمة الاستمتاع كما اذا اسلم احد الزوجين فالنكاح قائم ولا سبيل له عليها * وروى ان ذلك الملاعن كان يطالبها بما ساق اليها من المهر فقال له النبى عليه السلام اذهب فلا سبيل لك عليها ويدل على قيام النكاح ايضا بعد اللعان انه عليه السلام لا عن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق بعد قيام الوصلة * فان قيل اريد به اظهر الفرقة بينهما * قلنا حقيقة لاحداث الفرقة لا لاظهارها **قوله** وهو خاطب اذا اكذب نفسه هذه مسئلة مبتدأة اى هذا الرجل اذا اكذب نفسه فى القذف صار خاطبا من الخطاب اى يجوز له ان يتزوجها كما لغيره يجوز ان يتزوجها * وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد فمجوز النكاح مخالف للنص * ولهما ان اللعان شهادة والاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها فلم يبق متلاعنا والداخل تحت النص المتلاعن ولا يجتمعان ماداما متلاعنين كما اذا حلف لا يكلم هذا الكافر ابدا اى مادام كافرا الا ترى ان المنافق اذا اسلم يحل الصلوة عليه وان نزل فى المنافقين ولا تصل على احد منهم مات ابدا * فان قيل بعد الاكذاب يسمى متلاعنا فبقى داخلا تحت النص * قلنا بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقة لان ذا حال تشاغلهما باللعان كالمتقابلين وكذا مجازا لانه انما سمى متلاعنا مابقى اللعان بينهما حكما ولم يبق ذلك لانه اذا اكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان والا صار جمعا بين الاصل والخلف وبين الحدين **قوله** ويتضمنه القضاء بالتفريق اى القضاء بالتفريق يتضمن نفى الولد **قوله** وعن ابى يوسف رحمه الله ان القاضى يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفى النسب عنه * وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى النسب كما بعد موت الولد **قوله** لانه ينفك عنه اى عن القضاء بالتفريق الا ترى انه اذا نفى ولد ام الولد ينتفى النفى ولا يثبت اللعان ولا التفريق * ولو قال لامرأة يا ذانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفى الولد * * * * * * * * **قوله**

وكذلك

(وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لما بينا (وكذا اذا زنت فحدت) لانتفاء اهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته وهى صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما) لانه لايحد قاذفها لوكان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا اومجنونا) لعدم اهلية الشهادة (وقذف الاخرس لايتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد القذف * وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (واذا قال الزوج ليس حملك منى فلا لعان) وهذا قول ابى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى لانه لايتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر فى الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف * قلنا اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لايصح تعليقه بالشرط (فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضى الحمل) وقال الشافعى رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا * ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او فى الحالة التى تقبل التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه فى مدة النفاس) لان النفى يصح فى مدة قصيرة ولايصح فى مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة * وله انه لامعنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه وهو قبوله التهنية اوسكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضى ذلك الوقت وهو يمتنع عن النفى ولوكان غائبا ولم يعلم بالولادة * ثم

قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به اى له ان يتزوجها لما بينا وهوقوله اذا حد لم يبق اهلا للعان **قوله** وكذا اذا زنت فحدت اى كان له ان يتزوجها هذا اذا تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لان حدها الجلد حينئذ لانه ليست بمحصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير التزوج اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدها الرجم **قوله** وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان * وفيه خلاف الشافعى وعند الشافعى رحمه الله يجب الحد واللعان لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق * ولكنا نقول لابد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد ولا يتأتى التصريح باشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لابد من لفظ الشهادة فى اللعان قوله حتى ان الناطق لوقال احلف مكان قوله اشهد لايكون صحيحا وكذلك ان كانت هى خرساء ولان قذف الخرساء لايوجب الحد على الاجنبى لجواز ان يصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لايجوز كذا فى المبسوط **قوله** لانا تيقنا بقيام الحمل عنده اى عند القذف فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء فيتحقق القذف فى الصورتين ولذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت لاقل من ستة اشهر **قوله** كانه قال ان كان بك حمل فليس منى ولوقال هذا لايكون قذفا لانه لايحتمل التعليق بالشرط لانها متى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لاتصير زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لايكون قاذفا فى الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده * ولا يقال هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين فى الثانى انه موجود عند النفى ام معدوم فاذا عرف وجوده تبين انه قذف مطلق لان فيه شبهة التعليق لان كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط فى حقنا وشبهة التعليق كحقيقة التعليق فى الحدود وعند الشافعى رحمه الله تلاعن قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفى الولد * قلنا نفى الولد لايكون بدونه ولايعلم وجوده قبل الولادة فلعله ريح او انتفاخ * * * قوله

ثم قد تعتبر المدة التى ذكرناها على الاصلين (قال واذا ولدت ولدين فى بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثانى ثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه اكذب نفسه بدعوى الثانى (وان اعترف بالاول ونفى الثانى ثبت نسبهما) لما ذكرنا (ولاعن) لانه قاذف بنفى الثانى ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هى زانية وفى ذلك التلاعن كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

قال واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم ولان الحق ثابت له فى الوطىء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة به ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما ولابد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضى اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه هو فسخ لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لايحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها * *

قــــوله ثم قد تعتبر المدة التى ذكرناها على الاصلين* وفى الايضاح وعلى هذا الاصل قالوا فى الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم ان له النفى عند ابى حنيفة رحمه الله فى مقدار ماتقبل فيه التهنية * وقالا فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لايلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة قــــوله والاقرار بالعفة سابق على القذف هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغى ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفى الثانى فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفى يثبت الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا * فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة واما من حيث الحكم فلاحق * ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة فلايجب الحد اما للشك فى وجوب الحد واما للسعى فى درء الحد عند الشبهة واما الترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حقيق بالعمل والله تعالى اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

هو الذى لايقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولايقصده * وقيل سمى العنين عنينا لان ذكره يسترخى فيعن يمينا وشمالا ولايقصد للمأتى من المرأة فالعنين هو الذى لايصل الى النساء مع قيام الآلة اويصل الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون البعض * وانما يكون ذلك لمرض به او لضعف فى خلقته او لكبر سنه اوسحر فهو عنين فى حق من لايصل اليها لفوات المقصود فيؤجله الحاكم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطئا فى الجملة لا فى كل زمان والعدم فى الحال لايدل على العدم فى الثانى من الزمان لان ذا قد يكون * لمرض

فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة فى الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة فى الجبلة * ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء * فان قلن هى بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هى ثيب يحلف الزوج فان حلف لاحق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال ان طلبت لانه لا فائدة فى التأجيل والخصى يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو (واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هى بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهى البكارة وان قلن هى ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لاتخير وان كانت ثيبا فى الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها * * * * * * * * * * وفى

لمرض وذا لا يوجب الخيار وقد يكون خلقة وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا قد يكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول مابه من المرض باعتدال الطبع فمتى مضت السنة ولم يزل فالظاهر انه خلقة وان حقها المستحق فات فيفرق بطلبها لانه حقها * وذكر الامام قاضيخان فاذا وجدت زوجها عنينا ولم تخاصم زمانا لم يبطل وكذا لو رفعت الامر الى القاضى واجله القاضى سنة فلم تخاصم زمانا بعد مضى الاجل لانها لاتقدر على الخصومة فى كل وقت ولان ذا قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء ولو وطئها مرة ثم عجز لاخيار لها وكذلك لو لم يكن له ماء ويجامع ولاينزل لا يكون لها حق الخصومة * ولو فرق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوجها فعجز لاخيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به اخرى وهى عالمة بحاله لايكون رضا منها * وفى الاصل يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان علمت بعد النكاح بحاله لايبطل خيارها بطول مقامها معه لان الحق لايبطل بالتأخير مالم يقل رضيت بالمقام معه * وفى ادب القاضى سأل الزوج القاضى ان يؤجله سنة اخرى اوشهرا اوكثر فانه لاينبغى له ان يفعل ذلك الا برضاء المرأة فان رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ويخير كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله **قـــوله** فان خلوة العنين صحيحة اذ لاوقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطىء اختيارا فدار الحكم على سلامة الآلة **قـــوله** لما بينا من قبل اى فى باب المهر حيث قال وعليها العدة فى جميع هذه المسائل احتياطا **قـــوله** فالقول قوله والقياس ان يكون القول قولها لانها تنكر الوصول الا ان الزوج منكر فى معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل والعبرة للمعنى لا للصورة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة فكذا هنا **قـــوله** فان قلن هى بكر خيرت فالحاصل ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير * ثم كيف يعرف انها بكرام ثيب قالوا يدفع فى فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والافبكر * وقيل ان امكنها ان يبول على الجدار فبكر والافثيب وقيل بكسر البيض فيصب فى فرجها فان دخلت فثيب والافبكر **قـــوله** لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهى البكارة اذ البكارة اصل فيهن فيثبت بقولهن * وان قلن هى ثيب تثبت الثيابة ايضا ولكن مع ذلك يحلف الرجل لانه ليس من ضرورة الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوال البكارة بشىء آخر فلم يثبت بشهادتهن الوصول فلهذا يحلف الزوج بخلاف البكارة فان بشهادتهن تثبت * * * * * * * البكارة

وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه (واذ كانت بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهى الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلوة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد * ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لايوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات * * * * * * * * * * *

البكارة ومن ضرورتها عدم الوصول فلهذا خيرت ولم يحتج الى شئ آخر وانما خيرت لانها قصدت بالنكاح ان يستعف ولاتحصل لها العفة بهذا الزوج وبغيره مع قيام هذا النكاح فلولم يخير كان تعريضا لها على الزنا * وذكر فى المبسوط واذا خيرها القاضى فاختارت الزوج اوقامت من مجلسها اواقامها اعوان القاضى او اقام القاضى قبل ان يختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزله تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا اودلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ فان اختارت الفرقة امر القاضى الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضى بينهما **قوله** وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح * واختيار شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه فى المبسوط واختيار الامام قاضيخان والامام ظهير الدين رحمهما الله فى التأجيل انه يقدر بسنة شمسية اخذا بالاحتياط فربما يكون موافقة الفلاح فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية *وفى شرح الطحاوى رحمه الله التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله *وعن شمس الائمة الحلوائى رحمه الله الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما*وفى الذخيرة يؤجل العنين سنة شمسية لاقمرية فالسنة الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية السنة بالاهلة والشمسية تزيد على القمرية باحد عشر يوما وشئ فيجوز ان يوافق طبعه هذه الزيادة فلا بد من اعتبارها ولايحتسب بمرضه ومرضها* وروى عن ابى يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لايستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف الشهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك العنة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه فى الليل ممنوع فى النهار فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه * وهذا اصح الروايات عن ابى يوسف رحمه الله وان احرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لايقدر على ان يحللها الاترى انها لو كانت محرمة خاصمته لم يؤجله القاضى حتى تفرغ من الحج ولوخاصمته والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق اجله وان كان عاجزا عن ذلك امهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها ما لم يكفر فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضى الى ذلك واحتسب عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا ان لايظاهر منها * الجذام هو يشقق الجلد ويقطع اللحم ويساقطه والفعل منه جذم *والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء لايستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها كذا فى الصحاح *والقرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم وامرأة قرناء بها ذلك * وقيل العفلة وهى بالتحريك شئ يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالادرة للرجل * وقيل نتوء فى الرحم واختصم الى شريح فى جارية بها قرن فقال اقعدوها فان اصاب الارض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب **قوله** ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لايوجب الفسخ حتى يسقط شئ من المهر بالموت

والمستحق

والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون او برص اوجذام فلا خيار لها عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق * ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة بها فافترقا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب العدة

(قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهى حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهى فى معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح * وهذا

قــوله والمستحق هو التمكن وهو حاصل اى التمكن من الوطئ حاصل اما فى المجذومة والمجنونة والبرصاء فظاهر واما فى الرتقاء والقرناء فممكن بالشق والفتق قــوله وقال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان على حال لايطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا اوعنينا ولكنا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبتها فيه ويتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيء الخلق اومقطوع اليدين والرجلين بخلاف الجب والعنة وكذلك ان اشترط احدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لايثبت لها الخيار وكذلك لوشرط احدهما لصاحبه صفة الجمال او البكارة فوجدها بخلاف ذلك لايثبت لها الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما فى البيع * وبهذا تبين انه لا معتبر بتمام الرضاء فى باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكرشابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لايثبت له الخيار وقد انعدم الرضاء بهذه الصفة وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطئ وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * *

باب العدة

هى التربص الذى يلزم المرأة بزوال النكاح اوشبهته قــوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يذكر قوله رجعيا فى بعض النسخ ولا بد من ذكره ولم يذكر الدخول مع ان عدة الطلاق لا يجب الابعد الدخول او الخلوة بناء على ان الاصل فى النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة من الفرقة فى حال الحيوة انما كان بعد الدخول لاقبله وهو ظاهر فاستغنى بظهوره عن ذكره قــوله اووقعت الفرقة بينهما بغير الطلاق وهى مثل الفرقة بخيار العتاقة وعدم الكفاءة وخيار البلوغ وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة فى النكاح الفاسد قــوله لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء اراد المدخول بهن من ذوات الاقراء وهو خبر فى معنى الامر وليتربصن المطلقات واخراج الامر فى صورة الخبر تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة الى امتثاله * وذكر الانفس تهييج لهن على التربص وزيادة بعث لان انفسهن طوامح الى الرجال فامرن ان يقمعن انفسهن ويجبرنها على التربص كذا فى الكشاف * قيل النص يتناول المطلقة ثلثا فما دونها * وقيل اراد به ما دون الثلث بدلالة قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فعلى الوجه الاول * * * * التمسك

وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا * وقال الشافعى رحمه الله تعالى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولاينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظة الجمع لانه لوحمل على الاطهار والطلاق يوقع فى طهر لم يبق جمعا اولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به (وان كانت لا تحيض من صغر اوكبر فعدتها ثلثة اشهر) لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن * * * * وان

التمسك ظاهر فى الطلاق البائن * وعلى الوجه الثانى نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان يثبت فى موضع يتحقق الزوال اولى *وهذا لان حق النكاح ان يستدام ولايزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاء لحقه وبيانا لخطره قــــوله وهذا يتحقق فيها اى التعرف عن براءة الرحم يتحقق فى الفرقة بغير طلاق قــــوله والاقراء الحيض عندنا * وقال الشافعى رحمه الله الاطهار * وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا طلق امرأته فى طهر لم يجامعها فيه لاتنقضى العدة ما لم يطهر من الحيضة الثالثة * وعنده كما شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها واحتج بان الطلاق معقب للعدة فيجب ان يكون الزمان الذى يعقب الطلاق محسوبا من العدة قــــوله اذ هو من الاضداد دليل على انه حقيقة فيهما فكان فيه قطع وهم انه مجاز فى احدهما لان الطريق فى المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار قــــوله اما عملا بلفظة الجمع وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع فى طهر وهو سنة * ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث فلم يكن ثلثا كوامل * وهذا مستقيم فى جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج اشهر معلومات فاما فى جمع مقرون بالعدد فلابد من الكمال لان الثلثة اسم خاص للعدد معلوم لايحتمل غيره قــــوله اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانا به اى هذا الحديث يلتحق بيانا لمجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة لان اثر الرق فى التنصيف لا فى اصل العدة * ومما يدل على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البدل انما يكون عند عدم الاصل كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فهو تنصيص على ان المراد بالقرء الحيض * فان قيل الاصل الطهار هى قرء ولا وجود لها الا بالمحيض فان الطهر قبل الحيض لايسمى قرء ولا انعدام لهذه القرء الا بانعدام الحيض فصار قوله يئسن من المحيض مجازا عن قوله يئسن من الاطهار التى هى قروء فلذلك استقام الابدال * قلنا ان الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه ودل عليه ان الله تعالى بدأ فقال والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ثم نقل الى البدل فيمن عدمت القروء ولوكان المراد ماذكره كان من حق الكلام ان يقال واللائى عدمن القرء ليكون النقل بعدم عين ماشرع اصلا فلما جاء بعبارة اخرى علم انها لم تكن الا لفائدة زائدة وليس ذلك الا ماقلنا قــــوله وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية وهو قوله تعالى واللائى لم يحضن اى والصغائر اللاتى لم يبلغن واللائى بلغن بغير الحيض كذلك يعتددن ثلثة اشهر كذا فى التيسير قــــوله

وان

(وان كانت امة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لاتتجزى فكملت فصارت حيضتين * واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لاتحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام) لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن با نفسهن اربعة اشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة ايام) لان الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج (واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفات اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه * ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما * * * * * * ولو

قـــوله وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان * فان قيل النص الوارد في المطلقات عام وتخصيص العام ابتداء لايجوز بخبر الواحد والقياس * ولهذا قال ابو بكر الاصم عدتها ثلثة اقراء * قلنا هذا حديث تلقته الامة بالقبول فدخل في حد المشاهير على ان الآية واردة في الحرائر لقوله تعالى ما آتيتموهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت به اونقول خص من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء غير المدخول بها ولم يدخل في الآية الصغيرة والآئسة والحامل فيخص موضع النزاع ولان العدة نعمة في حقهن لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق اثر في تنصيف النعم لان استحقاقها بوصف الآدمية وقد اثر الرق في نقصانها فلابد ان يؤثر ذلك في نقصان النعمة الا ان الحيضة لاتتجزى ولا تتنصف لانها تختلف في انفسها بين ان يكون ثلثة اواربعة الى عشرة والاكثر من الايام وان كان متيقنا غيران وقتها مشكوك فيه فتعذر التنصيف فقلنا بالتكميل قـــوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر سواء كانت صغيرة او كبيرة كافرة اومسلمة موطوءة اوغير موطوءة وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وكان على رضي الله عنه يقول تعتد المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين اما بوضع الحمل اوباربعة اشهر وعشر لتعارض النصين وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى ازواجا وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطا لجهالة التاريخ * وعامة الصحابة رضي الله عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة لتلك اذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم * وقال ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء نزلت بعد التي في سورة البقرة اي والذين يتوفون منكم والمباهلة الملاعنة مفاعلة من البهلة وهي اللعنة وكانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الكاذب منا ومنكم قـــوله الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة فانما بقي في حق الارث بحكم الفرار لاباعتبار بقاء الزوجية وذا لايلزمها عدة الوفاة الاترى ان المرتد اذا مات اوقتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح بردته لا لموته ولهما انها مطلقة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارها وهذا لانا انما اورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لابد من قيام سبب الارث عند الموت ليستحق الارث فاذا بقي النكاح في حق الارث حكما مع انه لايثبت بالشك فلان يبقى في حكم العدة وهي تثبت بالشك اولى * * * * فـــوله

ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف * وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح اعتبر باقيا الى وقت الموت فى حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر (فان اعتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان اعتقت وهى مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر) لزوال النكاح بالبينونة والموت (وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى (ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالاشهر) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض فى الفرقة والموت) * * * * * * * * * * * *

قــــوله ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف * وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمه باقيا الى وقت الموت فى حق الارث لانها مسلمة عند الموت والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما قــــوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخلفية تحقق اليأس وذا بالعجز الدائم الى الموت كالفدية فى حق الشيخ الفانى فانها خلف عن الصوم بشرط استمرار العجز مدة العمر * وقال صاحب المحيط لا تقدير فى حد الاياس بالسن فى رواية واياسها على هذه الرواية ان يبلغ من السن مبلغا لا تحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح * وفى رواية يقدر بخمس وخمسين سنة على ما قالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا عند البعض ولا يبطل به الاعتداد بالاشهر ولا يظهر فساد النكاح * وقيل يكون حيضا فيبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد حتى قالوا انما يكون حيضا اذا كان احمر او اسود اما اذا كان اخضر اواصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرئى حيضا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الاياس الثابت بالاجتهاد * وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتى بانها لو رأت الدم بعد ذلك على اى صفة رأت يكون حيضا ويفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر قــــوله ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تفاديا عن الجمع بين الخلف والاصل * فان قيل بناء الخلف على الاصل يجوز الا ترى ان المصلى اذا سبقه الحدث وقد كان توضأ يتيمم ويبنى ان لم يجد ماء ومن عجز عن الركوع والسجود يومى ويبنى * قلنا الصلوة بالتيمم ليست بخلف عن الصلوة بوضوء وانما الخلف بين التراب والماء او بين الطهارتين ولا يكمل احدهما بالآخر وكذا الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بركوع وسجود لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبدل العدة بالحيض فلا يكمل احدهما بالآخر * * قوله

لانها

لانها للتعرف عن براءة الرحم لالقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف (واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض) وقال الشافعى رحمه الله حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء * ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح * ثم امامنا فيه عمر رضى عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض (ولو كانت ممن لاتحيض فعدتها ثلثة اشهر) كما فى النكاح (قال واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت * ولهما الطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل فى اولات الاحمال قصرت المدة اوطالت لاللتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلاتتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فا فترقا ولايلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب ثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (قال ولايثبت نسب الولد فى الوجهين) لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه فى موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأة فى حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التى وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلثة حيض كوامل فلاتنتقض عنها *قال

قوله لانها للتعرف عن براءة الرحم لالقضاء حق النكاح والمعرف هو الحيض * فان قيل لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى فيه بحيضة كما فى الاستبراء * قلنا انما وجب التربص بثلثة اقراء فى النكاح الصحيح لجواز ان تحيض الحامل اذ هو مجتهد فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلث ليعلم فراغ الرحم اذهو عدد معتبر فى الشرع لابلاء الاعذار كما فى شرط الخيار وقصة الاخيار والفاسد ملحق بالصحيح فى حق ثبوت النسب فيقدر بالاقراء الثلثة صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها * ثم المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود فانه فاسد بالاتفاق بين علمائنا واما نكاح المحارم مع العلم بانها حرام فنكاح فاسد عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما * وفى الذخيرة تزوج منكوحة الغير ولايعلم انها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة وان كان يعلم انها منكوحة الغير لاتجب العدة بالدخول التى لايحرم على الزوج وطئها وبه يفتى واما الموطوءة بشبهة فهى التى زفت الى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة وعلى الواطئ المهر على ما يجئ فى كتاب الحدود ان شاء الله تعالى قوله فصار كالحادث بعد الموت وتفسير الحدوث بعد الموت بان تضعه لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشائخ رحمهم الله * وقال بعضهم بان تأتى لاكثر من سنتين * والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت هو ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية قوله ولايلزم امرأة الكبيرة اذا حدث لها الحبل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتمام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلايتغير به حكم العدة قوله ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين اى فيما اذا كان قائما عند الموت وفيما اذا حدث بعد الموت *قوله

(قال واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا فاذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لاتتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلاتتداخلان كالصومين في يوم واحد * ولنا ان المقصود هو التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الاترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق اوالوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب

قــــوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتتداخلان وقال الشافعي رحمه الله لاتتداخلان هذا اذا وطئها اجنبي بشبهة اما اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع * وفي المبسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلاشك عندنا انهما تنقضيان بمدة واحدة وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وفي القول الآخر يقول لاتجب العدة بالسبب الثاني اصلا * وحاصل الخلاف راجع الى ان ركن العدة الفعل ام ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كف المرأة نفسها عن البروز والخروج والتزوج بآخر فيكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم لانها امرت بالتربص وهو الكف واداء العبادتين في وقت واحد لايتصور كصومين في يوم واحد * وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لانها اجل لقوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن فاذا بلغن اجلهن حتى يبلغ الكتاب اجله والآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كرجل تثبت عليه ديون مؤجلة لاناس فتنقضي بمدة واحدة وهذا لان التأجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزين فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والآجال فان كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلاعلم ويتأدى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلا علم ولم يتأد بلا قصد واختيار الاترى ان الله تعالى قال ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن التزوج في العدة والثابت بالنهي حرمة الفعل لاوجوب الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثمه الفعل لانه امر بالصوم لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل والواجب بالامر الفعل * فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن اي يكففن والكف فعل وهو اخبار في معنى الامر كما مر وقال فعدتهن ثلثة اشهر امر بالاعتداد بالاشهر والاعتداد فعل * قلنا المراد بالتربص الانتظار لاالكف يقال فلان يتربص قدوم فلان اي ينتظر والانتظار يكون بسبب الاجل ولاتضايق في الانتظار كشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون وكيوم واحد ينتظر فيه قدوم اناس واما في الآية الثانية امر بالاعتداد بل المذكور هو العدة وهي مدة حرمة هذه الافعال والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم بلاحرام والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرا ولحلفه ان حلف لايشربها ومعنى العبادة تابع الاترى ان عدتها تنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج ولا يتصور اداء العبادة بدون ركنها ولان المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدة الواحدة فتداخلتا وانما لم يكتف بحيضة واحدة وان حصل تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرية ولو اكتفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد قــــوله لان سبب وجوب العدة الطلاق اوالوفاة وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة

ومشايخنا

ومشايخنا رحمهم الله يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة (والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق اوعزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطئ هو السبب الموجب * ولنا ان كل وطئ وجد فى العقد الفاسد يجرى مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى الحكم فى حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتى وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها امينة فى ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها فى عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى) لان هذا طلاق قبل المسيس فلايوجب كمال المهر ولااستيناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الاانه لم يظهر حال التزوج الثانى فاذا ارتفع بالطلاق الثانى ظهر حكمه كما لواشترى امولده ثم اعتقها * ولهما انها مقبوضة فى يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقى اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة * * ناب

نكاح متأكد بالدخول اوما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لاالفرقة فانها شرط فكانه جعل الشرط المعمل للعلة كالسبب **قوله** ومشايخنا رحمهم الله يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشئ اويتواضعا على انقضاء العدة بان يتزوج اختها او اربعا سواها اوربما تكون المرأة محرمة حرمة غليظة فيتواضعان على هذا الاقرار حتى يتمكن من التحليل فى الحال ولاتجب عليها العدة * قال صاحب المحيط وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته فى الاسناد او قالت لا ادرى تجب العدة من وقت الاقرار * قالوا هذا الجواب فى النفقة والسكنى حتى تجب لهاالنفقة والسكنى اما فى حق التزوج باختها اواربع سواها تعتبر العدة من وقت الطلاق * وقيل فى حق التزوج باختها واربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولكن لاتجب لها نفقةالعدة ومؤنة السكنى لان ذلك حقها وقداقرت بسقوط حقها وينبغى على قول هؤلاء ان لايحل التزوج بالاخت واربع سواها مالم تنقض العدة من وقت الاقرار * وحكى عن الشيخ الامام ابى الحسن السغدى رحمه الله انه كان يقول ما ذكر محمد رحمه الله فى الاصل ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامها ظاهر فلا يصدقان فى الاسناد **قوله** ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام الوطئ لان الوطئ امر خفى ولاوقوف لغيرهما عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم فى حق غير الوطئ وهو من يريد ان يتزوجها بعد انقضاء العدة فلا بد من اقامة الامر الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه كما فى الاخبار عن المحبة والحيض وكما فى السفر فاقمنا التمكن مقامه تيسيرا بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطئ والاخبار بعزمه والمتاركة فى النكاح الفاسد بعد الدخول لايكون الا ان يقول تركتك اوخليت سبيلك ولايكون بعدم مجئ احدهما الى صاحبه **قوله** فتحلف كالمودع اى اذا ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها يحلف ان لم تكن له بينة **قوله** كما لواشترى ام ولده اى منكوحته التى ولدت منه ثم اعتقها فيجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح فيهما مايجتنب المنكوحة من الخروج والبروز والتزين وحيضة من العتق لايجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت * * * * العدة

ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول * وقال زفر رحمه الله لاعدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب * وجوابه ما قلنا (واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة) اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح * وقول ابيحنيفة رحمه الله فيما اذا كان معتقدهم انه لاعدة عليها * واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ * وله قوله تعالى لاجناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب * وعن ابيحنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها ولايطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح * *

العدة الا ترى انه لايجوز ان تزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حق المانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلايلزمها الاحداد كذا في الايضاح قوله ناب ذلك القبض وهذا لان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فاذا جدد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال المهر والعدة * فان قيل القبض فعل دائم فانما يصير قابضا باستمرار القبض بعد الشراء الان ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء * قلنا الجواب من وجهين الاول ان يفرض الكلام فيما اذا لم يبق المغصوب بعد الشراء بان غصبه آخر من يده فالغاصب الاول لو اشتراه من مالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان استدامة القبض لامعتبر به في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لاينوب عن قبض الشراء ولوكان استدامة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب ان يصير المودع قابضا بالشراء كالغاصب ولا يتفاوت الحكم بين ان يكون المشتري غاصبا اومودعا قوله المغصوب الذي في يده اي لم يرده الى المالك ولايشترط ان يكون في يده وقت الشراء لانه ما لم يرده الى المغصوب منه كانه في يده ولهذا لو اشترى وهو في يد آخر قائم يصير قابضا بالشراء قوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول * لايقال لوكان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني كما لاتقع البينونة فيما اذا وجد الوطي حقيقة بعد النكاح * لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول في حق تكميل المهر والعدة لا في حق جميع الاحكام كما ان الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لا في حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينهما بعد الخلوة الصحيحة وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا في العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق قوله واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج قوله بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها اي في دار الحرب لاتجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانها في دار الحرب قوله وله قوله تعالى * * * * ولا

فصل

فصـــل

(قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته * ولنا ما روى ان النبى عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها (والحداد (ويقال الاحداد وهما لغتان) ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير الطيب الا من عذر) وفى الجامع الصغير الا من وجع* والمعنى فيه وجهان* احدهما ماذكرنا من اظهار التأسف * والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم * وقد صح ان النبى عليه السلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن لايعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه (قال الا من عذر) لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا * * * * * * *

ولاجناح عليكم ان تنكحوهن فقد اباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة * فمن قال لايحل مالم تحيض ثلث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة فى المهاجرة المسلمة والحكم فى الذمية كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم اوصار ذميا والآخر على حربه ثمه فقد زالت الزوجية * ثم ان كانت المرأة هى الخارجة فلا عدة عليها * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولانفقة لها وان كان الخارج هو الرجل فله ان يتزوج اربعا سواها وفيهن اختها والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

فصـــل

قـــوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * التمسك بالحديث فى ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال ولاكلام فيه انما الكلام فى الايجاب والحديث لايدل عليه* واجيب بان قوله لايحل نفى لاحلال الاحداد ونفى احلال الاحداد نفى الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا للاحداد فصار التقدير لاتحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا * وقد روى هذا الحديث فى الصحيح والمبسوط لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا * ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها والاخبار فى اقتضاء الفعل آكد من الامر على ماعرف فيكون الاحداد واجبا قـــوله لانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح * فان قيل لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما وجب على الزوجة لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما* قلنا الحداد ماوجب الاتبعا للعدة وهى عليها لاعليه فلووجب الحداد عليه لوجب * * * * * قصدا

وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران) لانه تفوح منه رائحة الطيب (قال ولا حداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته (قال وليس فى عدة ام الولد ولا فى عدة النكاح الفاسد احداد) لانها مافاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل (ولاينبغى ان تخطب المعتدة ولابأس بالتعريض فى الخطبة) لقوله تعالى ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لاتواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضى الله عنه التعريض ان يقول انى اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه فى القول المعروف انى فيك لراغب وانى اريد ان نجتمع (ولايجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها) اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن ولايخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة * قيل الفاحشة نفس الخروج * وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لانفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها * * * * * * * * * * * * حتى

قصدا وانه لم يشرع قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع انه مسبب لوجودها وحيوتها لعدم العدة * فان قيل كيف يجوز اظهار التأسف وقد قال الله تعالى لكيلا تأسوا على فاتكم ولاتفرحوا بمااتاكم *قلنا المراد بها الفرح مع الصياح والاسى مع الصياح كذا عن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وعلى المختلعة الحداد لان وجوبه يدور معفوت نعمة النكاح وقد فاتت وان طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال قوله وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه بان كانت بها حكة قوله ولاحداد على كافرة الحداد لايجب على خمس نسوة المطلقة طلاقا رجعيا والمعتدة عن نكاح فاسد والكتابية والصبية وام الولد اذا اعتقت قوله لان الخطاب موضوع عنها ولا يلزم على هذا وجوب العدة على الصغيرة لانها لاتخاطب بها لكن يخاطب الولى بان لايزوجها حتى تنقضى عدتها على ان العدة مجرد مضى المدة فثبوتها فى حقها لا يؤدى الى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد * فان قيل وجب ان يؤمر وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع * قلنا فى امر الولى بالمنع عن الخروج وترك الزينة لايحصل المقصود وهو اظهار التأسف لان الصغيرة لا تأسف لها بخلاف المنع عن محرمات الشرع لانه اشتمل على المقصود وهو الاجتناب عن القبيح قوله والاباحة اصل اى اباحة استعمال الطيب اصل قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده اى من الثياب ومايتجمل به والاستفهام لانكار تحريم هذه الاشياء قوله ولابأس بالتعريض فى الخطبة ذكر فى النهاية اراد به المتوفى عنها زوجها لان التعريض لايجوز للمطلقة لانه لايجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلايتمكن عن التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض لها على وجه لايقف سواها كذا فى شرح التأويلات * والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شئ لم يذكره قوله ولكن لاتواعدوهن سرا اى فاذكروهن ولكنه لا تواعدوهن سرا اى وطئا لانه مما يسر الاان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولاتصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اى لاتواعدوهن مواعدة قط الامواعدة معروفة كذا فى الكشاف * * * قوله

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها * قيل انها تخرج نهارا * وقيل لاتخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد فى المنزل الذى يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى ولاتخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذى تسكنه ولهذا لوزارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه قال عليه السلام للتى قتل زوجها اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله (وان كان نصيبها من دار الميت لايكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت) لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل اوكانت فيها باجر ولاتجد ما يؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن اوثلث لابد من سترة بينهما ثم لابأس بتركها) لانه معترف بالحرمة الاان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولاتخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها (وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فتخرج) والاولى خروجه (قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا اومات عنها فى غير مصر فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولى او لم يكن) معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث فى ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج (قال الا ان يكون طلقها اومات عنها زوجها فى مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلابأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد * لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة او وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالحرم * وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففى العدة اولى والله تعالى اعلم بالصواب * باب

قـــوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا * ولو اختلعت على ان لاسكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها ان تكترى بيت الزوج فاما ان يحل لها الخروج فلا * وعن محمد رحمه الله انه قال المتوفى عنها زوجها لابأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل **قـــوله** ولهذا لوزارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها اى من غير تأخير وكذا لو كان معها زوجها **قـــوله** ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما يعنى اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا فى الوفاة اذا كان من ورثته ليس بمحرم لها كذا فى المبسوط **قـــوله** ثم لابأس اى بالمساكنة بعد اتخاذ السترة **قـــوله** والاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها فى منزل الزوج واجب ومكثه فيه ليس بواجب فكان انتقاله اولى واذا انتقلت كان تعيين الموضع الذى ليس تنتقل اليه الى الزوج وفى الوفاة تعيينه اليها **قـــوله** فى غير مصر اى فى مفازة **قـــوله** فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها اى سواء كان بينها وبين المقصد مدة السفر اودونه **قـــوله** الا ان يكون طلقها اومات عنها فى مصر المصر ليس بشرط وكذا الحكم فى قرية تقدر على المقام بها والله تعالى اعلم بالصواب

* * * * * * * باب

باب ثبوت النسب

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه) لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك * * * * * وان

باب ثبوت النسب

قوله فولدت ولدا لستة اشهر اي من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين تزوجها لا يثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب ايضا لانه حين طلق حكمنا انه لا عدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه هذا من علوق قبل النكاح كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها **قوله** فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف **قوله** بان تزوجها وهو يخالطها خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو يخالطها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق اومعه وعليه المهر * وفي القياس وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول * وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله عن نصير رحمه الله تزوج امرأة في حال مايطأها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة * وفي المنتقى لا يكون به محصنا وفي شرح ابي اليسير ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليهما الحد ويجب المهر * وقالوا يجب عليهما وفي جمع النسفي لو جاءت بولد فانه يرثه وهو منصوص عن اصحابنا رحمهم الله وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** فلا يصير مراجعا بالشك * فان قيل ينبغي ان يصير مراجعا لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات * قلنا الرجعة بالفعل خلاف السنة وكما لا يظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به الاقدام على خلاف السنة * * **قوله**

(وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطئ مراجعا (والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام (قال الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة (فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم تلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين) لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة * ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر رحمه الله اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة* الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت) لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة * * * * * واذا

قــــوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها * فان قيل يحمل على انها تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة * قلنا الحكم بابقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قــــوله فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت * فان قيل ماذكرتم من التصوير في اول الباب موجود ههنا بان خالطها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان اول الفعل هنا واقع في الملك * قلنا ماذكرنا من الاحتمال وتصوير طريق متعين لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب من الزوج فلابد ان يحمل على انه من زوج آخر قبله لانه لاصلاح في ان يحمل انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر فبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ منكوحة او معتدة وفي الوجهين حمل امرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل انها انقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا فساد فيه فيحمل عليه قــــوله فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء * لا يقال في هذا قطع النسب * لانا نقول النسب لا ينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم جعل ما ليس بسبب سببا بالشك لان النكاح في الصغيرة ما كان سببا قبل البلوغ لعدم ماء المرأة وانما يصير سببا بعد البلوغ فلا يجعل سببا بالشك قــــوله واذا اعترفت المعتدة يريد اي معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر اي من وقت الاقرار يثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت * فان قيل فيه حمل امرها على الزنا * قلنا نحمله على نكاح صحيح مبتدأ لم يظهر لنا * فان قيل هذا اقرار يتضمن ابطال حق الولد لما فيه من ابطال ما يثبت * * * * له

(واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابيحنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادتها رجلان اورجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح * ولابيحنيفة رحمه الله تعالى ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل اوصدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها (فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم * اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم * قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة * ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة * وقيل لاتشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وماثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلايكون منه (وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج اوسكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لونفاه الزوج يلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه * * * * * فان

له من حق النسب فيرد * قلنا يجوز ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يصر مكذبا كما لواخبرت بمضي العدة بالحيض فانها تصدق وان تضمن ابطال حق الزوج في الرجعة **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان سواء كانت المعتدة هذه مطلقة طلاقا رجعيا اومبتوتة اومتوفى عنها زوجها ولايقضى بشهادة القابلة الا اذا كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا وعندهما يقضى بشهادة القابلة اذا كانت مسلمة حرة عدلة * ولايقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولايحل لهم النظر الى العورة * لانا نقول انهم لايقولون تعمدنا النظر وانما وقع ذلك اتفاقا اودخلت المرأة بين يدي الشهود بيتا بعد ماعلموا انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته ثم عند الحاجة الى ان تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق اذا لم يكن هناك مؤيد **قوله** فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة ومعنى التصديق هو ان يقر جميع الورثة فيشاركهم باقرارهم واقر به جماعة بقطع الحكم بشهادتهم فان صدقها رجلان منهم اورجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين وهذا معنى قوله بان كانوا من اهل الشهادة * ثم قيل يشترط لفظ الشهادة في مجلس القضاء لان النسب لايثبت في حق الناس كافة الابلفظ الشهادة لان الحجة المتعدية هي الشهادة * وقيل لايشترط لعدم المنازعة لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وماثبت بناء لايراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة ووقف المنقول بناء على وقف العقار **قوله** لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف * هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى لونفاه الزوج يلاعن وهو ان يقال ان ثبوت اللعان بناء على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغي * * * ان

فان

(فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هى منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف

(وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابيحنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تطلق) لان شهادتها حجة فى ذلك قال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق * ولابى حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية فى الولادة فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابيحنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لابد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا * ولابى حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة (قال واكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين * * * * * * ولو

ان لايجب لان شهادة النساء غير معتبرة فى الحدود * فاجاب عنه بان القاذف نفى نسب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل يثبت بالفراش القائم وشهادة المرأة انما كانت لتعيين الولد واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود الولد لان اللعان يتصور بدون الولد بان قذف منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة اثر لا فى ثبوت النسب ولا فى وجوب اللعان لان ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان بالقذف وهو قوله ليس منى ولا اتصال له بالولد * ونظير هذا ما اذا ثبتت الرمضانية بشهادة الفرد ثم افطر انسان بعد ذلك متعمدا وجبت الكفارة عليه والكفارة فى الافطار تجرى مجرى الحد حيث يندرئ بالشبهات **قوله** فان ولدت ثم اختلفا الى قوله لان الظاهر شاهد لها * فان قيل الظاهر شاهد له لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات وجودا والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتاط فيه فمتى تعارض الظاهر ان وجب اثباته الا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسائر التصرفات لا يثبت به اذا كان الايماء من الناطق * فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه اياها وهى حبلى وصار هذا كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود * قلنا الفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة لجواز انها حبلى من الزنا * والثانى انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه فى ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة القاضى يبطل كذا فى الفوائد الظهيرية **قوله** وهو على الاختلاف اى على الاختلاف المذكور فى الاشياء الستة لانه اختلاف فى النسب اوفى النكاح **قوله** لانه ينفك عنها اى الطلاق ينفك عن الولادة فى الجملة وان صار من لوازمها هنا وصار كمن اشترى لحما فشهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوسى قبلت شهادته فى حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا فى حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد **قوله** ولابيحنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة لان الولد الكائن فى الرحم لا يخلو عن الخروج لا محالة حيا او ميتا فالتعليق بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعليق بامر كائن لا محالة فتقبل قولها فيه كما اذا علق طلاقها بالحيض بل اولى لان الولد الكائن فى الرحم يولد لا محالة واما الحيض فبناء على العادة **قوله** واكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعى رحمه الله اربع سنين لان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسمى ضحاكا * * * * * قوله

ولو بظل مغزل (واقله ستة اشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحبل ستة اشهر * والشافعى رحمة الله تعالى عليه يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لايهتدى اليه (ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والالم يلزمه) لانه فى الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفى الوجه الثانى ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعواه * وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا اوخلعا اورجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الاالى ما قبله لانها لاتحل بالشراء (ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأة فهى ام ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال لغلام هو ابنى ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته وهو ابنه ترثانه) وفى النوادر جعل هذا جواب الاستحسان * والقياس ان لايكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطىء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح * وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة فى دفع الرق لا فى استحقاق الارث والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله ولو بظل مغزل اى بقدر ظل مغزل حال الدوران لان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة * وفى بعض الكتب ولو بفلكة مغزل ذكر فى المغرب هذا على حذف المضاف وقد جاء صريحا فى شرح الارشاد ولو بدور فلكة مغزل وهو مثل فى الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد فى بطن امه اكثر من سنتين فى غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لااصل لما يحكى فى هذا الباب فان الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره لان ما فى الرحم لايعرفه الاالله تعالى **قوله** ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها اى طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول بها لايلزمه الولد الا ان يجىء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها **قوله** لانه لاتحل بالشراء فان قيل وجب ان تحل لاطلاق **قوله تعالى** او ما ملكت ايمانهم * قلنا وجب ان لا تحل **لقوله تعالى** فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية فى الاماء بمنزلة الثالثة فى الحرائر والمحرم اولى بالاعتبار **قوله** ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأة فهى ام ولده هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقننا بقيام الولد فى البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفراش بقوله ان كان فى بطنها ولد فهو منى والحاجة الى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة اجماعا **قوله** فهى امرأته وهو ابنه ترثانه * فان قيل ينبغى ان لاترث المرأة لما ان هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهى تصحيح النسب دون الارث * قلنا النكاح على ماهو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ماهو من لوازمه التى لاتنفك عنه شرعا بطريق الاصالة بخلاف نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض لامن الاصول فلا يرد نقضا والله تعالى اعلم بالصواب * * * باب

واذا

باب الولد من احق به

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد) لما روى ان امرأة قالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجى ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر * واليه اشار الصديق رضى الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر (ولاتجبر الام عليه) لانها عست تعجز عن الحضانة (فان لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات (فان لم تكن الام فام الاب اولى من الاخوات) لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث وفى رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة * وقيل فى قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته (وتقدم الاخت لاب وام) لانها اشفق (ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) لان الحق لهن من قبل الام (ثم الخالات اولى من العمات) ترجيحا لقرابة الام (وينزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجح ذات قرابتين ثم قرابة الام (ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلانظر (قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد) لانه قام مقام ابيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية) لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبى امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال) * فاولىهم

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد ولاتجبر عليه اى على اخذ الولد اذا ابت اولم تطلب الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فحينئذ تجبر الام على حضانته كيلا يفوت حق الولد اصلا لانه لاشفقة للاجنبية اصلا كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله * وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله لا تجبر الام على الحضانة لانها عست لاتقدر * واختيار ابى الليث والهندوانى رحمهما الله انها تجبر لان ذلك حق الولد وان امتنع الاب عن اخذ الولد بعد استغنائه من الام تجبر لان نفقته وصيانته عليه قــــوله فان لم تكن له ام اى ماتت اوتزوجت اجنبيا فام الام اولى من ام الاب لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لان حق الحضانة بسبب الامومية وهى ام تدلى بام فهى اولى من ام الاب لانها تدلى بقرابة الاب وقرابة الام فى الحضانة مقدمة على قرابة الاب وتستوى ان كانت مسلمة او كتابية اومجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولايختلف ذلك باختلاف الدين فان لم تكن فام الاب اولى *وقال زفر رحمه الله الاخت لاب وام اولام اوالخالة احق من ام الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سميناه بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام * ولنا انها من الامهات حتى تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة باعتبار الولاد فان ماتت او تزوجت اولم تكن فالاخت لاب وام ثم لام ثم لاب قــــوله وفى رواية الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانة مقدمة على الاب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى بقرابة الاب وتقدم الاخت لاب وام * وعلى قول زفر رحمه الله هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء فى ذلك * ثم على الرواية الاولى يدفع * * * * * * * * * * بعد

(فاوليهم اقربهم تعصيبا) لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده وفى الجامع الصغير حتى يستغنى فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء *ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف *والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى * وعن محمد رحمه الله تعالى عليه انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (قال ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفى الجامع الصغير حتى تستغنى) لانها لاتقدر على استخدامها ولهذا لاتواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا (قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة) فى حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق فى الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية احق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان او يخاف عليه ان يألف الكفر) للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده * * ولاخيار

بعد الاخت لاب الى بنت الاخت لاب وام ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان الاخت تدلى بمن له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل من حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية قـــوله فاوليهم اقربهم تعصيبا واذا اجتمع اخوة لاب وام فافضلهم صلاحا وورعا احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا اقدم الاقرب وضمه الى ابيهم صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا فى ذلك سواء فاكبرهم احق لقوله عليه السلام الاكبر الاكبر قـــوله غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم * وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فان لم يكن احد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابى حنيفة رحمه الله ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب * وقال محمد رحمه الله لاحق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضى يدفع الى ثقة يحضنه حتى يستغنى * وعنه انه يثبت لهم الحق ولا حق لغير المحرم فى حضانة الجارية ولا للام التى ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند ابى حنيفة رحمه الله فى النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولاتدفع الانثى ولو كان فى الاعمام من لايؤمن على صبى وصبية لفسقه ليس له حق الامساك قـــوله اعتبارا للغالب لان الغالب ان الصبى اذا بلغ سبع سنين تستغنى عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجى وحده قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلوة لايكون الابعد القدرة على الطهارة قـــوله تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ وغسل الثياب * وفى نوادر هشام عن محمد رحمه الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها *وذكر فى غياث المفتين ان للاب ولاية اخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة قال والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة فى قولهم جميعا قـــوله لانها لايقدر على استخدامها اى سوى الام والجدة من الاقرباء * مثل

(ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير * ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم لم يخيروا * واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا * * * * * *

فصل

(واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق * وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه * * * * * * كما

مثل الاخوات والخالات والعمات لايقدرن على استخدام الصغير * وذكر في الاقضية ان تعليم الآداب انما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغير لا يحل بغير الام والجدة فلا يحصل معنى التعليم قــوله ولاخيار للغلام والجارية * وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان مميزا يخير بين الابوين فيكون عند من يختار منهما ويستوى في هذه الغلام والجارية لماروى ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني ونفعني فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به قــوله اويحمل على ما اذا كان بالغا فانها قالت نفعني وسقاني من بئر ابي عتبة وتلك البئر لايستقى منها الا بالغ * ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مخوفا عليه مفسدا * واما الجارية اذا كانت بكرا فللاب ان يضمها الى نفسه وكذا الاخ والعم الا ان يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة وان كانت ثيبا لهاان تنفرد بالسكنى وتنزل حيث شاءت الاان تكون مخوفة على نفسها فيضمها الاب اليه وان كانت البكرقد دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها واخوها وعمها مخوف عليهما فلها ان تنزل حيث شاءت في مكان لايتخوف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال حين دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورأيها والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قــوله واذا ارادت المطلقة اى بعد انقضاء العدة قــوله من تأهل ببلدة فهو منهم اى حكمه حكمهم حتى ان عمر رضى الله عنه لما دخل مكة اتم صلوته فقيل له خالفت السنة فقال لم اخالف وتمسك بهذا الحديث وقال تزوجت بمكة فصرت من اهلها قــوله ولهذا يصير الحربي به ذميا هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام * وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قوبلت مع نسخة المصنف * وقيل في بعض النسخ وانما لايصير الحربي به ذميا لانه يعارضه ماهو اقوى منه وهو الانفة من قبول الجزية * وقيل اراد الشخص الحربي وهى الحربية فانها بالتزوج تصير ذمية * ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا تصير الحربية به ذمية * وقيل يرجع الضمير في به الى التزام المقام قــوله اشار في الكتاب اى في مختصر القدوري وهو قوله الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وهذا يفيد اشتراط الوطن والتزوج فيه وان ارادت الانتقال الى مصر فيه اصل النكاح وليس *بمصرها

كما يوجب البيع التسليم فى مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد * ووجه الاول ان التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح * والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس به (وكذا الجواب فى القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لابأس به لان فيه نظرا للصغير) حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك والله تعالى اعلم بالصواب

باب النفقات

(النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت اوكافرة اذا سلمت نفسها فى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والاصل فى ذلك **قوله تعالى** لينفق ذو سعة من سعته **وقوله تعالى** وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس * * * * * فكل

بمصرها فلها ذلك فى رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك فى رواية الاصل وهذا اصح وفى عكسه بان اراد الانتقال الى مصر هو مصرها لكن لم يكن اصل العقد بها لم يكن لها ان ينتقل بالاولاد باتفاق الروايات كذا ذكره الامام الكسائى رحمه الله تعالى **قوله** كما يوجب البيع التسليم فى مكانه يريد به اذا كان المبيع فى مكان العقد ذكر فى الفتاوى ان من باع شعيرا والشعير بالقرية والمشترى يعلم ذلك يستحق تسليمه فى مكانه لا فى مكان العقد وان لم يعلم بذلك فهو بالخيار ان شاء سلمه فى مكانه وان شاء فسخ العقد * ولو تعين مكان العقد لما كان للمشترى الخيار * ذكر فى شرح الطحاوى ولو ارادت الانتقال من دار الاسلام الى دار الحرب ليس لها ذلك وان كان اصل النكاح وقع هناك وهى حربية بعد ان يكون زوجها مسلما اوذميا وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك **قوله** ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لابأس به يريد به اذا كانت قريبة من المصر والله تعالى اعلم بالصواب

باب النفقات

قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها فى منزله قال بعض المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها لا تستحق النفقة وهو رواية عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه * وذكر فى المبسوط وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها والفتوى على ظاهر الرواية * وذكر فى المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل ان يحولها الى منزله فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالنقلة لان النفقة حقها والانتقال حقه فاذا لم يطالبها به فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها وان طالبها الزوج بالنقلة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا واما اذا امتنعت عن الانتقال ان كان الامتناع بحق بان امتنعت ليستوفى مهرها فلها النفقة واما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان او فاها المهر او كان المهر مؤجلا او وهبته منه فلا نفقة لها * * * * * * * قوله

فكل

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضى والعامل فى الصدقات * وهذه الدلائل لافصل فيها فيستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا) قال رضى الله عنه وهذا اختيار الخصاف رحمه الله وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات * وقال الكرخى رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لقوله تعالى لينفق ذوسعة من سعته * ووجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لاتفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة * ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته * ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لامعنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد و نصف مد لان ما وجب كفاية لايقدر شرعا فى نفسه (وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين فى بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطىء كرها (وان كانت صغيرة لايستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين * وقال الشافعى رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما فى المملوكة بملك اليمين * ولنا

قوله فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه * ولايرد على هذا الكل الرهن فانه وان كان محبوسا بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق وان يكون احق به من سائر الغرماء فكان تجب نفقته على المرتهن لكن يحصل مقصوده ايضا وهو ان يكون موفيا دينه منه عند الهلاك **قوله** ويعتبر فى ذلك حالهما الى قوله وفوق نفقة المسرات فاذا كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو ان يأكل الحلواء والحمل المشوى والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تأكل فى بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك خبز البر وباجة او باجتين وكذلك ان كانت موسرة والزوج معسر * وقال الكرخى رحمه الله وهو ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذوسعة من سعته * ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابى سفيان خذى من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والنص يقتضى اعتبار حاله فيعتبر حالهما عملا بهما وكل جواب عرفته فى النفقة من اعتبار حاله اوحالهما فهو الجواب فى الكسوة **قوله** والباقى دين فى ذمته اى بالقضاء او التصالح **قوله** وان نشزت فلانفقة لها * فان قيل النص مطلق * قلنا خص بدلالة النص لان الله تعالى امر فى حق الناشزة بمنع حقها فى الصحبة لقوله تعالى واهجروهن فى المضاجع وهى مشتركة بينهما فلان لاتجب النفقة وهى مختصة بها اولى والناشزة هى الخارجة عن منزل الزوج المانعة نفسها منه بخلاف ما اذا امتنعت من التمكن فى بيت الزوج لان الاحتباس قائم ولوكان المنزل ملكها فمنعته من الدخول عليها لانفقة لها لانها ناشزة الا ان تكون سألته ان يحولها الى منزله اويكترى لها منزلا لان الامتناع هنا فات بمعنى منه ولوكان السكنى فى ارض الغصب فامتنعت منه لها النفقة لانها ليست بناشزة **قوله** وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اى لايوطأ مثلها وان كانت مثلها توطأ فلها النفقة والاحتباس مايكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع اوالدواعى * الى

* ولنا ان المهر عوض عن الملك ولايجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة (وان كان الزوج صغيرا لايقدر على الوطء وهى كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (واذا حبست المرأة فى دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه (وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها) وعن ابى يوسف رحمه الله ان لها النفقة * والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا (وكذا اذا حجت مع محرم) لان فوت الاحتباس منها * وعن ابى يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب لها نفقة الحضر دون السفر لانها هى المستحقة عليه * ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وبجب نفقة الحضر دون السفر ولاتجب الكراء لما قلنا (وان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع * وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض * وعن ابى يوسف رحمه الله انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب مايشير اليه (قال وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر فى بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجب عليه وهذا من تمامها اذ لابد لها منه (ولاتفرض لاكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله * وقال ابو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج * ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلاضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية * وقوله فى الكفاية اذا كان موسرا اشارة الى انه لاتجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وقد تكتفى بخدمة نفسها (ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما)

الى الجماع و الصغيرة التى لاتصلح للجماع لاتصلح لدواعيه ايضا ولهذا تجب النفقة للرتقاء والفتقاء والقرناء والمرأة التى اصابها بلاء تمنعه عن الجماع لبقاء الانتفاع بها من حيث الدواعى قــــوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد وهذا لان ما يكون عوضا عن الملك فى المحل يجب جملة لان الملك فى المحل يحصل للزوج جملة فلما لم يجب جملة علم ان وجوبها للاحتباس الموصل الى المستحق بالنكاح قــــوله ولكن تجب لها نفقة الحضر اى يعتبر ما كان قيمة الطعام فى الحضر لا ما كان قيمة له فى السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج قــــوله وان مرضت فى منزل الزوج يريد به اذا حولت الى بيته صحيحة ثم مرضت ينفق عليها قــــوله وفى لفظ الكتاب مايشير اليه حيث قال وان مرضت فى منزل الزوج وهذا انما يكون بعد ما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلا نفقة لها عليه وفى الذخيرة وان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لومرضت فى منزلها الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقة قــــوله ونفقة خادمها * * * * ذكر

ويقال

(ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه كما في التفريق في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى * ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لايلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان تمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج

(واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة

ولم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة اوصالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة مامضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على مامر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة * والصلات

ذكر في الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم لاتفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلثة وهو نظير القاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا * وعن زفر رحمه الله انه تفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها اوتتخذ خادما * وفي الذخيرة ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في الخادم اى خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج * منهم من قال للمملوك لها حتى لوكان حرا ولم يكن مملوكا لها لاتستحق النفقة * ومنهم من قال كل من يخدمها حرا كان اومملوكا لها اولغيرها تستحق * وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين * وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت فائقة بنت فائق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلها فان قال لامرأته لاانفق على احد من خدمك ولكن اعطي خادما من خدمي ليخدمك فابت يجبر على نفقة خادم من خدمها فربما لايتهيأ لها استخدام خدمه **قوله** ويقال لها استديني عليه ذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه ان تفسير الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج **قوله** وفائدة الامر بالاستدانة انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضي فلرب الدين ان يرجع بذلك على الزوج كماله ان يأخذ من المستدينة **قوله** لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون الحجة ولا تثبت ولاية القاضي بدون الحجة **قوله** وان مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت هذا اذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات احدهما لايبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر * وذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه انه يبطل ايضا والصحيح ماذكر في المختصر لان استدانتها بامر القاضي وللقاضي ولاية عليه بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت احدهما كذا هنا * * * * * **قوله**

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض * وقال الشافعى رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولاتسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان اسلفها نفقة السنة) اى عجلها (ثم مات لم يسترجع منها بشئ وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى فهو للزوج) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى * وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضى وعطاء المقاتلة * ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولارجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع * وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها بشئ لانه يسير فصار فى حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة فى العبد التاجر وله ان يفتدى لان حقها فى النفقة لا فى عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل فى الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوءها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلى بينها وبينه فى منزله ولايستخدمها * ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على مامر فى النكاح ولو خدمته الجارية احيانامن غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد فى هذا كالامة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *



فصل

(وعلى الزوج ان يسكنها فى دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لاتأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها) * *

قوله والصلات تسقط بالموت * لايقال لوكانت النفقة صلة لماوجبت على المكاتب * لانانقول انهاصلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج قوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع العبد ثانيا * قال شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه وليس فى شئ من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة قوله وكذا اذا قتل فى الصحيح لانه صلة * وقيل اذا قتل كانت النفقة فى قيمته * قال الشيخ ابو الحسن القدورى رحمه الله وهذا ليس بصحيح لان القيمة انماتقوم مقام الرقبة فى دين لم يسقط بالموت لا فى دين يسقط به والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قوله وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وهوقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم * قال الامام ابو منصور الماتريدى رحمه الله تأويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التأويل قراءة ابن مسعود رضى الله عنه وانفقوا عليهن من وجدكم

لما بينا (ولو اسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) لان المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها فى اى وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له فى ذلك ضرر * وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام * وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة وفى غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح (واذا غاب الرجل وله مال فى يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضى ذلك ولم يعترف به) لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لا سيما هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه فان المودع ليس بخصم فى اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم فى اثبات حقوق الغائب واذا ثبت فى حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة * وكذا الجواب فى الدين * وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم اودنانير اوطعاما اوكسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولايباع مال الغائب بالاتفاق واما عند ابى حنيفة رحمه الله فلانه لايباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه * * * * * * * * * *

قوله لما بينا اى لانها يتصور به فان اسكنها فى منزل ليس فيها احد فشكت الى القاضى ان الزوج يضربها ويؤذيها وسألت من القاضى ان يأمره بان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضى ان الامر كما قالت المرأة زجره عن ذلك ومنعه من التعدى عليها وان ذكروا انه لا يؤذيها تركها وان لم يكن فى جواره من يوثق به او كانوا يميلون اليه امره ان يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم ويبنى الامر على خبرهم كذا فى نكاح الذخيرة **قوله** وفى غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازى فانه يقول لا يمنع المحرم من الزيارة فى كل شهر **قوله** لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها فكان قضاء القاضى فتوى منه واعانة على اخذ الحق لاقضاء اذ القضاء الزام امر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ايفاء لما وجب فجاز * فان قيل يشكل على هذا مالو احضر صاحب الدين غريما او مودعا للغائب وهما معترفان بان هذا المدعى له دين على الغائب لايأمر القاضى بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وان كانا معترفين بالدين وبمال الغائب * قلنا لان القاضى يأمر فى حق الغائب بما هو نظر له وفى الامر بانفاق المرأة نظر له بابقاء ملكه وليس فى قضاء الدين ابقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير **قوله** لا سيما ههنا فان صاحب اليد لو انكر الزوجية اوكونه مال الغائب لا يمكن للمرأة اقامة البينة لا على الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا الاقرار طريقا لوصول الحق الى المستحق فكان اولى بالقبول من اقرار كان لصاحب الحق امكان اثبات حقه بدون اقراره بالبينة **قوله** فان المودع ليس بخصم فى اثبات الزوجية كان ابوحنيفة رحمه الله يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقالها فى يده من المال بسبب فكان خصما فى اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا فى يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا يقبل بينتها على ذلك وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا بخصم عن الغائب فى اثبات النكاح عليه بالبينة كذا فى المبسوط **قوله** وكذا الجواب فى الدين يعنى مديون الغائب لواقر بدينه وبالزوجية فالحكم كذلك واما عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه فانه *

(قال ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة اوطلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لانعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابيحنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب (قال ولا يقضى نفقتها فى مال غائب الا لهؤلاء) ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم ان يأخذ واقبل القضاء فكان قضاء القاضى اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لايجوز ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية اولم يخلف ما لا فاقامت البينة ليفرض القاضى بنفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لايقضى القاضى بذلك لان فى ذلك قضاء على الغائب * وقال زفر رحمه الله يقضى لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لوحضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة * وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه * وفى هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * واذا

فانه لايباع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق الحجر وابوحنيفة رحمة الله تعالى عليه لايرى الحجر على الحر العاقل البالغ **قـــوله** ويأخذ منها كفيلا بها اى بالنفقة قال شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا* وفى ادب القاضى للخصاف ان القاضى اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جائزا * قال الصدر الشهيد رحمة الله تعالى عليه والصحيح ما ذكره شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه **قـــوله** انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه فعند الشافعى رحمة الله تعالى عليه لاتجب النفقة على غير الوالدين والمولودين ولهذا قلنا لو ظفر واحد من الاقارب بجنس حقه لم يكن له الاخذ الابقضاء اورضاء* فالحاصل ان ماكان مختلفا فيه لايتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى ان يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده ويأخذه من غير قضاء القاضى فكان حكم القاضى اعانة لاقضاء **قـــوله** وان جحد يحلف اى ان لم تكن للمرأة بينة **قـــوله** وان عجزت يضمن الكفيل اى ان عجزت المرأة عن اقامة البينة وقد حلف الزوج وقد انفق القاضى عليها من مال الزوج يضمن الكفيل او المرأة **قـــوله** وعمل القضاة اليوم على هذا اى على قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه * وقال فى المحيط وهو ارفق بهم وان انفق المودع او المديون على والد رب الدين وولده او امرأته بغير امره ضمن المودع ولايبرأ المديون ولكن لا يرجع المنفق على من انفق **قـــوله** وفى هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها * كان ابوحنيفة رحمه الله يقول او لا يقضى بالنفقة على الغائب ثم رجع وقال لايقضى * وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لايقضى قولا واحدا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع وقال لاتقبل والله تعالى اعلم بالصواب

واذا



فصل

(واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان اوبائنا) وقال الشافعي رحمه الله لانفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعى فلان النكاح بعد قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطىء واما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لاملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لاتجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية * ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة صيانة للولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا * وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم (قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لايشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة * * * * * وكل

فصل

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا اوبعوض حتى بانت عندهم جميعا الا اذا كانت حاملا لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن * فان قيل فمن اين يعلم ان هذه الآية في حق المطلقات * قلنا علم ذلك من آخر الآية حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغيات بوضع الحمل * فان قيل لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة حيث قال وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن * قلنا لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى النفي وهي انه انما خص الحامل بالذكر لان الحامل انما تستحق النفقة بقدر ثلثة اقراء فيقع الاشكال ان الحامل تستحق بذلك القدر او الزيادة الى تمام مدة الحمل وان طالت فازال الاشكال وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن قوله وحديث فاطمة رضي الله تعالى عنها رده عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لاندري صدقت ام كذبت * ذكر فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه في اصول الفقه * وقال عيسى بن ابان اراد بالكتاب والسنة القياس وهو ان النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة من حقوقه فكما بقي باعتبار هذا الحق استحقاق السكنى فكذا النفقة * وقد روى ان زوجها اسامة بن زيد اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شىء في يده * وعن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت تلك امرأة فتنت العالم اى بروايتها هذا الحديث وان ثبت فتأويله ان زوجها خرج الى اليمن ووكل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضى عليه بشىء آخر * * * * قوله

(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم فى حق المهر بالوطىء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لايسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولاعمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(ونفقة الاولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه فى نفقة الزوجة) لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب (وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه) لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لاتقدر عليه لعذر بها فلا معنى الجبر عليه * وقيل فى تأويل قوله تعالى لاتضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذى ذكر بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لاتوجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع (قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها) اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها (وان استأجرها وهى زوجة او معتدة لترضع ولدها لم يجز)

قــــوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها اما السكنى فواجبة لها باى فرقة كانت لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها واما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجىء الفرقة من قبلها بمعصية وان جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولا تسقط النفقة **قــــوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا يكون فى بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لايستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذا لا يستوجب نفقة فى العدة حتى اذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هى فى بيت زوجها فلها النفقة **قــــوله** معناه مكنت بعد الطلاق هذا اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا واما المعتدة عن طلاق رجعى اذا مكنت ابنه او ارتدت فحبست اولا فلا نفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة ولا كذلك فى الطلاق البائن والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قــــوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن * وجه التمسك بهذه الآية ان المولود له هو الاب فلما وجبت نفقة المرضعات على الوالد بسبب الولد فنفقة الولد اولى ان تجب ولان اللام فى قوله تعالى وعلى المولود له للاختصاص فصار الولد كالعبد ونفقة العبد تجب على المولى لايشاركه غير المولى فكذا هنا * وفى المبسوط ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار بقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذهما لايتفاوتان من حيث النفقة **قــــوله** وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وعند مالك رحمه الله تعالى عليه تجبر ان لم تكن شريفة **قــــوله** اما اذا كان لاتوجد * * * * من

لان

لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال * وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام (وان استأجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستاجرها) يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (وان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية اورضيت بغير اجر كانت هي احق) لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها (وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في **قوله تعالى** لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية (ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه) اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافر وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

من ترضعه تجبر على الارضاع * وقيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالدهن وسائر المائعات فلا يؤدي الى الضياع والى الاول مال القدوري وشمس الائمة السرخسي رحمهما الله تعالى **قوله** لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فهو امر بصيغة الخبر ولان عقد النكاح للسكن ولاسكن الا بعد اجتماعهما على اقامة المصالح ومن جملة ذلك الارضاع واصل هذا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل امور خارج البيت على علي رضي الله تعالى عنه وامور داخله على فاطمة رضي الله تعالى عنها **قوله** وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولهذا تجب النفقة فيها ولو دفع زكوته الى معتدته عن طلاق بائن او ثلث او شهد لمعتدته عن طلاق بائن اوثلث لم يجز فلا يصح استيجارها كما في حال قيام النكاح **قوله** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن والاب كافر او اسلمت ام الصغير والاب كافر اوارتد الصغير والعياذ بالله والاب مسلم لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح ثم الولد اذا لم يكن له مال فابى ان يكتسب وينفق على اولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب لما به من الزمانة او كان مقعدا يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكر في نفقات الخصاف رحمة الله تعالى عليه ومن المتأخرين من قال نفقة الاولاد في مثل هذه الصورة في بيت المال لانه اذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال فكذا نفقة اولاده والله تعالى اعلم بالصواب * * **فصل**

فصـــل

(وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه فى دينه) اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا نزلت الآية فى الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لوكان ذامال فايجاب نفقته فى ماله اولى من ايجابها فى مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة * واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء فى معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين (ولاتجب على النصرانى نفقة اخيه المسلم وكذا لاتجب على المسلم نفقة اخيه النصرانى) لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى فى القطعية من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى اصل العلة وفى الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد فى نفقة ابويه احد) لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولاتأويل لهما فى مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح * *

فصـــل

قـــوله وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده الى قوله وان خالفوه فى دينه معناه اذا كانوا من اهل الذمة اما اذا كانوا من اهل الحرب فلا نفقة لهم قـــوله وصاحبهما فى الدنيا معروفا نزلت فى الابوين الكافرين دل عليه السياق وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بى فيما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا اى فى امور الدنيا بالمعروف وهى الطاعة لهما فيما لايفسد عليك دينك وفسر النبى عليه الصلوة والسلام حسن المصاحبة بان يطعمهما اذاجاعا ويكسوهما اذا عريا قـــوله لانا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين قال الله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين يقاتلونكم فى الدين واخرجوكم من دياركم قـــوله لان النفقة متعلقة بالارث بالنص قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والحكم اذا رتب على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم كما فى قوله تعالى والسارق والسارقة (قـــوله بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة المحرمية بالحديث قال عليه السلام من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه * قـــوله ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين آكد لان له اثرا فى الاحسان الاترى ان الله تعالى حقق الاخوة بسبب الدين ودوام ملك اليمين اقوى فى قطعية الرحم من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى اصل العلة اى فى دوام ملك اليمين القرابة القريبة وفى الادنى اى فى حرمان النفقة العلة المؤكدة اى القرابة مع اتفاق الدين قـــوله لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك قـــوله وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح احترز به عن رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله * * *

لان المعنى يشملهما (والنفقة لكل ذى رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا) او اعمى لان الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذارحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفى قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك * ثم لابد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غنى بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب (قال وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق (قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار (قال رضى الله عنه هذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن رحمه الله وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الاب) لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير * ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فشاركه الام وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة اخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث فى الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) لبطلان اهلية الارث ولابد من اعتباره (ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير * * * * * * * * * * لانه

رحمة الله تعالى عليه ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس نفقة ذوى الارحام **قـــوله** لانه المعنى يشملهما وهو ما للاب من التأويل فى مالهما وكونهما اقرب الناس اليه **قـــوله** والنفقة لكل ذى رحم محرم وقال ابن ابى ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان او غير محرم لظاهر **قوله تعالى** وعلى الوارث مثل ذلك * وقال الشافعى رحمه الله لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدان والمولودون عنده اوجعل قرابة الاخوة كقرابة بنى الاعمام وحمل النص على نفى المضارة دون النفقة وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنه * ولنا قول ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك فقيد المطلق به قد قال عمر وزيد رضى الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفى المضارة لايختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث * وقوله ذلك ينصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف **قـــوله** لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لان الاصل ان الحكم متى رتب على الاسم المشتق من معنى كان مأخذ اشتقاق ذلك الاسم علة لذلك الحكم كالزانى والسارق فكان الارث علة لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الحكم يثبت بقدر علته **قـــوله** غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه اى يعتبر ان يكون وارثا فى الجملة وان كان محجوبا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة قيام سبب الارث لا جريان الارث اذ لايتصور جريان الارث حال القضاء بالنفقة لان القضاء بها * حال

لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم بدونها ولا يعمل فى مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن ابى يوسف وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر فى حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة (واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه) وقد بينا الوجه فيه (واذا باع ابوه متاعه فى نفقته جاز) عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان (واذا باع العقار لم يجز) وفى قولهما لايجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لايملك حال حضرته ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام فى النفقة * ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب الاترى ان للوصى ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لاولاية لهم اصلاً فى التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ حالة الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال فى يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد اخذا من جنس الحق (وان كان له مال فى يد اجنبى فانفق عليهما بغير اذن القاضى ضمن) لانه تصرف فى مال الغير بغير ولاية لانه نائب فى الحفظ لاغير بخلاف ما اذا امر القاضى لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لايرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به * * * * * * * * *

حال حيوة القريب ولا يجرى الارث حال الحيوة فلو كان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله لانه محرم ويحرز ميراثه ابن عمه لانه عصبة وهذا لان سبب الارث ثابت للخال فان ابن العم لو مات قبل الخال يحرز ميراثه الخال * فاذا استويا فى المحرمية واهلية الارث يترجح من كان وارثا فى الحال فلو كان له عم وخال او عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لاستوائها فى المحرمية ويترجح العم بكونه وارثا فى الحال ولو كان العم معسرا فالنفقة على العمة والخالة اثلاثا على قدر ارثهما ويجعل العم كالميت * واذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرا وتقسم النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين كصغير له ام واخت لاب وام واخت لاب واخت لام والاخت لاب وام والام موسرتان والاخريان معسرتان تجب النفقة على الام والاخت لاب وام ارباعا فاعتبرنا المعسرتين موسرتين حتى يوزع على ستة اسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب المعسرتين بالاعسار فتبقى اربعة اسهم وهو نصيب الموسرتين فيجب كل النفقة عليهما ارباعا ثلثة اسهم على الاخت وسهم على الام ولا يلحق المعسرتان بالاموات والا لوجبت النفقة على الموسرتين اخماسا خمساها على الام وثلثة الاخماس على الاخت **قوله** لانه التزمها بالاقدام على العقد اى التزم نفقة الزوجة واما ولده الصغير فلانه جزءه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذا نفقة طفله **قوله** والفتوى على الاول وهو ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ان يملك ما فضل عن حاجته مايبلغ مائتى درهم فصاعدا وهو الصحيح وهذا لانه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجب للزكوة وانما يشترط غنى محرم للصدقة فكذا فى حق ايجاب النفقة لان النفقة اشبه بصدقة الفطر منه بالزكوة لان فى صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة فاذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكوة وهى صدقة من وجه ومؤنة من وجه فلان لايشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكوة وانها مؤنة من كل وجه كان اولى **قوله** واذا باع ابوه متاعه فى نفقته جاز وفى قولهما لايجوز وهو القياس لان

(واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلاتسقط بحصول الاستغناء فيما مضى (قال الا ان يأذن القاضي فى الاستدانة عليه) لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا فى ذمته فلا يسقط بمضى المدة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * * * *

فصل

(وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده) لقوله صلى الله عليه وسلم فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولاتعذبوا عباد الله (فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا) لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا اوجارية لايواجر مثلها (اجبر المولى على بيعهما) لانهما من اهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لاتصير دينا فكان ابطالا * * * * * * وبخلاف

ولاية الاب ينقطع ببلوغ الصبى رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا لولده الغائب فان الابن اذا بلغ وهوغائب فللاب ووصى الاب بيع عروضه تحصينا على ولده الغائب وههنا هولايبيع تحصينا على الغائب وانمايبيع لنفسه وليست له هذه الولاية الاترى ان استحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لايبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب * ولكن استحسن ابو حنيفة رحمه الله فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ لكن بقى اثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء اثر ولايته كان له ان يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر * وفى الذخيرة ثم ذكرههنا ان الاب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والام لاتملك * وذكر فى الاقضية جواز بيع الابوين * وهكذا ذكر القدورى فى شرحه فانه اضاف البيع اليهما فاما ان يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى يملك واما ان يكون المسئلة على الاتفاق بان الام لاتملك وتأويل ماذكر فى الاقضية والقدورى ان الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر **قوله** واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي حيث لاتسقط بمضى المدة وكذلك لايسقط دين الاستدانة فى ذوى الارحام واذا فرض القاضي للمرأة عشرة دراهم شهر نفقة فمضى الشهر وقد بقى من العشرة شئ يفرض لها القاضي عشرة اخرى لشهر اخر ولو كان مثل هذا فى الاقارب بان بقى شئ من الدراهم ومضت المدة لايقضى باخرى واذا فرض القاضي للمرأة الكسوة او النفقة لوقت مقدر فهلكت الكسوة او النفقة او سرقت اوحرقت الكسوة اواكلت النفقة قبل الوقت ليس عليه ان يكسوها وينفق عليها اخرى واما اذا فرض الكسوة اوالنفقة للاقارب فضاعت من ايديهم قبل مضى الوقت فان القاضي يفرض لهم مرة اخرى والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده فان امتنع فكان لهما كسب اكتسبا وانفقا ذكر فى التجنيس رجل له عبد لاينفق عليه هل للعبد ان يأكل من مال مولاه ان كان قادرا * * على

وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا تجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجبر * والاصح ماقلنا والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة لتتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء

على الكسب ليس له ذلك وان لم يكن قادرا على الكسب له ذلك اذا اعتق عبدا صغيرا او امة لا تجب النفقة على المعتق لانه ليس بذى رحم محرم منه وان كان عصبة فصار كابن العم قـــوله وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضى على الانفاق عليها ولوكانت مشتركة يقول القاضى للآبى اما ان تبيع نصيبك اوتنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من اهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من اهل ذلك * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق فى البهائم ايضا وهوقول الشافعى رحمه الله لان فيه اضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ما قلنا لان اجبار القاضى على الانفاق نوع قضاء ولابد للقضاء من مقضى له وهو من اهل الاستحقاق وهوموجود فى الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فامتنع القضاء والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب العتاق

العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى وطار عن وكره ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة والخمر اذا تقادم عهدها تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها * وفى الشرع عبارتان عن قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحرية عبارة عن الخلوص يقال طين حر اى خالص عما يشوبه وارض حرة اى خالصة لاخراج لها ولا عشر * وفى الشرع عبارة عن خلوص حكمى يظهر فى الآدمى بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمى اما بازالة الملك او بازالة الرق يسمى اعتاقا وتحريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان لم يكن عبادة حتى صح من الكافر

(قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل فى ملكه) شرط الحرية لان العتق لايصح الا فى الملك ولاملك للمملوك والبلوغ لان الصبى ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولى عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبى فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبى كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لايصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بدان يكون العبد فى ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك اوقد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان فى الاخبار فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية للحاجة كما فى الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حرمن العمل صدق ديانة) لانه يحتمله (ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح فى العتق وهولا ستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هوحقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما اخبر * وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه ياحر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو مالقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (وكذالو قال رأسك حر او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر) لان هذه الفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر فى الطلاق (وان اضافه الى جزء شائع يقع فى ذلك الجزء) وسيأتيك الاختلاف فيه انشاء الله تعالى (وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع) عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والكلام فيه كالكلام فى الطلاق وقد بيناه (ولو قال لاملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه اراد لا ملك لى عليك لانى بعتك ويحتمل لانى اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية * * قال

دل على كونه مندوبا بالكتاب والسنة والاجماع * اما الكتاب قال الله تعالى فك رقبة وهو ان يعين فى ثمنها الى ان قال الله تعالى اولئك اصحاب الميمنة اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعتاق * والسنة ما ذكر فى الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المكلف من اداء العبادات اجمع والتأمل فى آيات الآفاق والانفس كما فى قوله تعالى سنريهم آياتنا فى الآفاق والانفس **قوله** لان الصبى ليس من اهله اى ليس من اهل انشاء العتق وهو اهل للعتق بسبب الملك * وذكر فى الفصل الذى يليه والصبى جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة **قوله** ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبى فالقول قوله يستدل بهذه المسئلة على ان الصبا حالة منافية للاعتاق فانه لما اسند الاعتاق الى تلك الحالة صح لاسناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله لان منكر للاعتاق والقول قول المنكر **قوله** لانه ليس باهل لقول ملزم * لا يقال انه اهل لقول ملزم فانه لو كان صبى فى يد رجل فاقر بالرق صح اقراره حتى لو ادعى بعده حرية الاصل لايقبل دعواه لانه ظهر رقه حيث اقر برقه ويد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقض يده الثابتة ظاهرا بلاحجة **قوله** حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك **قوله** وسنقرره ان شاء الله تعالى اى فى مسئلة يا ابنى وقال فيها على ما بيناه اراد به هذا الموضع * قوله

(قال وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكى ولاسبيل لى عليك ولارق لى عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفى السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلابد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن ابى يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لاسلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق) لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابنى وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لايولد مثله لمثله اذكره بعد هذا * ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لايثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته * ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاى اويامولاى عتق) اما الاول فلان اسم المولى وان كان * * * * * * * * * ينتظم

قــوله بخلاف قوله طلقتك اى فى قوله اطلقتك يثبت العتق ولايثبت فى قوله طلقتك وان كانا سواء فى اللغة لان قوله طلقتك صار صريحا فى الطلاق عن النكاح فلايثبت به العتق على ماياتى بيانه* واما قوله اطلقتك فلم يستعمل فيه ثم بينه وبين قوله خليت سبيلك مناسبة يقال اطلقه عن الشئ اذا خلى سبيله فهو كقوله خليت سبيلك قــوله لان السلطان عبارة عن اليد اى عن القدرة على الفعل ولا ينبئ عن الملك فى الذات كالسلطنة لايوجب للسلطان ملكا فى رقاب الناس انما يوجب قدرة الفعل عليهم قــوله وقد يبقى الملك دون اليد اى نفى الملك ليس من لوازم نفى اليد لانه يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب فلا يلزم من نفى اليد نفى الملك فى قوله لاسلطان لى عليك بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان نفى السبيل مطلقا بانتفاء الملك ولهذا بقى للمولى على المكاتب سبيل حيث يطالبه ببدل الكتابة فلهذا صار قوله لاسبيل لى عليك كناية عن العتق لانه من لوازم نفى السبيل* وعن الكرخى رحمه الله تعالى انه قال فنى عمرى وماانفتح لى وجه الفرق بين نفى السبيل والسلطان* والفرق على ما قيل من وجهين * احدهما ان السلطان عبارة عن الحجة وعن اليد ونفى كل واحد منهما لايستدعى نفى الملك كالمكاتب يثبت الملك للمولى فيه دون اليد فاما نفى السبيل من كل وجه يستدعى العتق فان للمولى على مكاتبه سبيلا من المطالبة ببدل الكتابة حتى لو انتفى ذلك بالبراءة يعتق ايضا * والثانى ان العتق فى نفى السبيل محتمل وفى نفى السلطان محتمل المحتمل فلا يثبت الاول دون الثانى * بيانه ان نفى السلطان يحتمل نفى الحجة ويحتمل نفى اليد ثم نفى اليد يحتمل نفى الملك ويحتمل غيره فاما نفى السبيل يحتمل انتفاوءه بالعتق وبغيره يعنى لاسبيل لى عليك فى اللوم والعقوبة قــوله وثبت على ذلك معناه لم يقل اخطأت او غلطت قيل ان شرط الثبات لثبوت النسب لا لثبوت العتق اذ الرجوع عن العتق لايصح وعن النسب يصح نص عليه فخر الاسلام رحمه الله قــوله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله ولافرق بين ان يكون جليبا او مولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار الملك وحاجة المملوك الى النسب* قلت قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت النسب فى مسقط رأسه اما اذا كان ثابت النسب فى مولده لا يثبت نسبه من المولى قــوله ويعتق اعمالا للفظ فى مجازه* ذكر فخر الاسلام البزدوى رحمه الله فى اصول الفقه انه يثبت * * النسب

ينتظم

ينتظم الناصر وابن العم والمولاة فى الدين والاعلى والاسفل فى العتاقة الا انه تعين للاسفل فصار كاسم خاص له * وهذا لان المولى لايستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثانى والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى لما بينا ولو قال عنيت به المولى فى الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر * واما الثانى فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء بلفظه الصريح يعتق بان قال ياحر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ * وقال زفر رحمه الله لايعتق فى الثانى لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى * قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ماذكر لانه ليس فيه مايختص بالعتق فكان اكراما محضا (ولو قال يا ابنى او يا اخى لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما فى قوله ياحر على ما بيناه * واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لايمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام * ويروى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر (ولو قال يا ابن لا يعتق) لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه (وكذا اذا قال يا بنى او يا بنية) لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر * وان قال

النسب فى حق المقر ويعتق بحقيقته دون مجازه لان ذلك ممكن والنسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فيكون المقر مصدقا فى حق نفسه **قوله** ينتظم الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى انت مولانا وكذا ابن العم قال الله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى **قوله** والثالث نوع مجاز وهو المولاة فى الدين وذلك لان المولى من الولى وهو القرب ولاقرب بين المشرقى والمغربى حقيقة وبينهما موالاة فى الدين فيكون بطريق المجاز **قوله** واما الثانى وهو قوله يامولاى عطف على قوله واما الاول **قوله** وقال زفر رحمه الله لايعتق فى الثانى اى بدون النية لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدى يا مالكى * قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به لان قوله مولاى حقيقة فى المعتق لان له ولاء عليه وقد تعين مرادا لماذكر ان اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والاعلى والاسفل فى العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له فصار قوله يامولاى وقوله ياحر ياعتيق بخلاف قوله ياسيدى يامالكى لانه ليس فيه ما يختص بالعتق لان فى قوله يامولاى تثبت صفة فى العبد من جانب المنادى وهو اثبات ولاء له عليه وذلك لايكون الا لسابقة العتق وهو ولاء العتاقة فيثبت العتق لانه مما يمكن اثباته فى الحال من جانب المنادى اما قوله يامالكى ياسيدى لاتثبت بهذين اللفظين صفة فى العبد من جهة المنادى لانه لو ثبت بها الحرية لايكون العبد سيدا اومالكا لمولاه فحمل على الاكرام * ولايقال لم لايحمل قوله يامولاى على مولى الموالاة حتى لايعتق واللفظ يحتمله كما يحتمل ولاء العتاقة * لانا نقول لم يجز عقد الموالاة بينهما وهو عقد لايقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يمكن حمله عليه واما ولاء العتاقة فالمولى ينفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق مما ينفرد به المولى **قوله** ولو قال ياابنى اوياأخى لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى بالاستحضار * فان قيل لم لايحمل على المجاز وهو الحرية كما فى قوله هذا ابنى * قلنا لولم يحمل هناك قوله هذا ابنى يلغو كلامه اصلا * واما قوله ياابنى لو لم يحمل على الحرية لايلغو كلامه بل يحمل * * * على

(وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابنى عتق) عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا لايعتق وهو قول الشافعى رحمه الله * لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق اوقبل ان تخلق * ولابى حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة فى المملوك سبب لحريته اما اجماعا اوصلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له فى المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال فى الوصف حتى وجب على العاقلة فى سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له

على معنى مقصود فى النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لايراعى فيه المعنى ولايلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله ياحر مع وجود هذا الاصل لما ان لفظ الحرية لما كان من صريح الفاظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصار كانه اثبت ذلك المعنى فيه اولا ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه **قــــوله** وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى *وقالا والشافعى رحمهم الله لايعتق لانه كلام محال فيرد كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطىء عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير الا ترى ان ام الغلام لوكانت فى ملكه يصير ام ولد له ثمه ولا يصير ام ولد له ههنا * ولابى حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه وهذا بناء على ان المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما فيقتضى تصور الحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا بخلاف معروف النسب فان النسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فكان الاصل متصورا فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه * وعند ابيحنيفة رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة فى حق التكلم لا فى حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتشترط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعار الحكمه بلا نية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحرة لايقبل حكم اصل الهبة وهو ملك الرقبة **قــــوله** اجماعا اوصلة للقرابة يعنى البنوة فى المملوك سبب لحريته اما اجماعا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله فيما هو العلة فان علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للنكاح فقال اما اجماعا باى علة كانت اوللعلة التى قلنا وهى صلة للقرابة المحرمة للنكاح وكيف ما كان البنوة سبب الحرية واطلاق السبب على المسبب جائز مجازا بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق اوتخلق فانه اضاف العتق الى حالة تنافى تصور الاعتاق منه اصلا ورأسا فتعين الالغاء وبخلاف ما اذا اقر بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال مكيف فى السنتين لايمكن ايجابه بدون القطع وما امكن ايجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببا له فتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة فلو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل * ولايقال بانه لم لايجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمة قطع اليد وجوب المال موزعا على العاقلة فبايجاب المال قصرا على واحد من العواقل لايكون لازمة قطع اليد فلايصح المجاز بخلاف الحرية فانها لاتختلف باختلاف اسبابها فما هو لازم البنوة امكن ثبوته بالاقرار وماثبت بالاقرار عين ما كان

اما

اما الحرية لاتختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه * ولوقال هذا ابى اوامى ومثله لايولد لمثله فهوعلى الخلاف لما بينا * ولوقال لصبى صغيرهذا جدى قيل هوعلى الخلاف وقيل لايعتق بالاجماع لان هذا الكلام لاموجب له فى الملك الا بواسطة وهو الاب وهى غير ثابتة فى كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا فى الملك من غير واسطة ولوقال هذا اخى لايعتق فى ظاهر الرواية *وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى عليه انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه * * * ولو

لازما بالبنوة * فان قيل على ما قال ابويوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله كان ينبغى ان لا يصح قولهم هذا اسد للانسان الشجاع ولا خلاف لاحد فى صحته * قلنا هذا ليس من هذا الباب فان الغرض منه التشبيه والمراد هذا كاسد ولوكان مستعارا فمبناه على التشبيه استعار الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص مبالغة فى التشبيه وانما يحصل الغرض هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب فى شئ وانه ظاهر **قـــوله** اما الحرية لاتختلف ذاتا وحكما * فان قيل الحرية الثابتة فى قوله هذا ابنى وهو اكبر سنا منه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة ايضا كما فى ارش اليد على ما ذكر وذلك لان الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للارث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الاحكام والحرية الثابتة بقوله هذا ابنى لايثبت شيئا من ذلك فلما كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين مسئلة الارش* قلنا الحرية لايتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولايتفاوت حكما اصليا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحريتان سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يبالى به **قـــوله** وقيل لايعتق بالاجماع والفرق لابيحنيفة رحمه الله ان قوله هذا جدى لاموجب له فى الملك الا بواسطة الاب والاب غير مذكور فى لفظه وهذا تصرف لفظى فتصح الاستعارة فى المذكور فى غير المذكور والمذكور لاموجب له بنفسه الا بواسطة غير مذكورة فلا تصح الاستعارة بخلاف قوله هذا ابنى لان المذكور هو البنوة ومن موجبه الحرية فى الملك بلا واسطة فتصح الاستعارة **قـــوله** ولوقال هذا اخى لايعتق فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق * ووجه الروايتين مابيناه * وجه ظاهر الرواية ماذكر فى مسئلة الجد انه لاموجب لقوله هذا جدى الا بواسطة وتلك الواسطة غير مذكورة وكذلك قوله هذا اخى لاموجب له الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاوزة فى صلب اورحم وتلك الواسطة غير مذكورة * وجه ماروى عن ابيحنيفة رحمه الله انه يعتق وهو رواية الحسن عنه ان للاخوة فى ملكه موجبا وهو العتق كما فى قوله هذا ابنى * وذكر فى المبسوط ان اختلاف الروايتين فى الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخى فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخى لابى ولامى يعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك * قد يراد بها الاخوة فى الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة * وقد يراد بها الاتحاد فى القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا * وقد يراد بها الاخوة فى النسب والمشترك لايكون حجة بدون البيان * وفى مجموع النوازل لوقال لغلامه هذا عمى اوقال هذا خالى اوقال لامته هذه عمتى اوهذه خالتى يعتق ولو قال هذا اخى اوهذه اختى لا يعتق لان الاخ اسم مشترك بخلاف اسم العم والخال * فان قيل البنوة ايضا تختلف بين رضاعة ونسب فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابنى * قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لايعارض الحقيقة **قـــوله**

* ولو قال لعبده هذا بنتى فقد قيل على الخلاف * وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه فى النكاح (وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمرى ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله * له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين فى اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه * ولنا انه نوى ما لا يحتمل لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه (واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية (ولو قال ما انت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد كما فى كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

قـــوله ولو قال لعبده هذا بنتى فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع اى يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يمكن تصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا فى المعدوم قـــوله وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له ولو كان النكاح فى حكم ملك المنفعة لكان التأقيت من شرطه والتأبيد مبطلا له كما فى الاجارة قـــوله وعمل اللفظين اى قوله انت حر انت طالق قـــوله ولهذا يصح التعليق فيه اى فى الاعتاق وانه مما يوضح كون عمله فى الاسقاط قـــوله اما الاحكام تثبت بسبب سابق جواب للشافعى رحمه الله عن قولنا ان الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به احكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فلا يشبه الطلاق الذى هو اسقاط محض قال ان الاعتاق اسقاط ايضا بدليل صحة التعليق فيهما ولا يريد على ثبوت تلك الاحكام لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه مكلفا غير ان الرق كان مانعا وبالاعتاق زال المانع فصار كالطلاق قـــوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه كما لو قال اسقنى ونوى به العتق وهذا لان الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا لانه لا يكون بلا مشابهة ولا مشابهة بينهما لان الاعتاق اثبات القوة اذ العبد الحق بالاموات لان الرق اثر الكفر وهو موت حكما وبالاعتاق يحيى ويقدر ويصير اهلا للمالكية والطلاق رفع القيد لانها بعد النكاح بقيت حرة قادرة كما كانت لكنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة الكاملة فيها ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولا ينعكس فكان اسقاطه اقوى لانه يزيل اقوى الملكين ولانه يزيل ملك الرقبة وملك المتعة فى محله ومن شرط المجاز انه لا يكون

فـــصل

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا اوغيره والشافعى رحمة الله تعالى عليه يخالفنا فى غيره * له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس اولا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد * * * * * *

عمله فى محل المجاز اقوى من عمله فى محل الحقيقة لان عمله فى محل حقيقته ازالة المانع من الفعل فقط وفى محل المجاز اثبات القدرة وازالة الضعف ولاشك ان الثانى اقوى ولهذا لايعتق بانت طالق وان نوى به العتق وتطلق بانت حرة ان نوى به الطلاق * فان قيل ملك النكاح فى حكم ملك العين فيكون رفعه فى حكم رفع ملك اليمين ايضا * قلنا ولكنه فى الحقيقة ليس بملك عين فانها حرة مالكة نفسها فلم يكن مايرفع ذلك الملك فى معنى مايرفع ملك الرقبة من كل وجه *فان قيل الآدمى خلق مالكا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وبملك اليمين يمتنع ذلك كما فى النكاح* قلنا لاكذلك بل الآدمى حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانا لايملك نفسه ولاغيره بل بصفة الحرية يملك وهذه الصفة تزول بالرق فتزول المالكية وهى علة ملك الانطلاق شرعا وبالتحرير تثبت المالكية وصفة المالكية لاتزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها وهذا كما تسقط القوة بالمرض فيداوى فيقوى على المشى والموثق يرفع وثاقه فيقدر على المشى فلا يكون بين رفع الوثاق وبين اثبات القوة بالمداواة تشاكل والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبدالله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم **قوله** واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة اى لفظ ذا رحم محرم عام كانه اراد به العام بعموم الصفة لان ذا رحم يستدعى موصوفا لا محالة فيكون المعنى من ملك انسانا ذا رحم محرم منه **قوله** فهو حر الضمير يرجع اليه فيعم بعمومه ثم عند اصحاب الظواهر منهم داود الاصفهانى اذا ملك قريبه لايعتق بدون الاعتاق لقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ففيه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه ولوعتق بنفس الشراء لم يكن لقوله عليه السلام فيعتقه معنى ولان القرابة لواوجبت رفع الملك لمنعت وقوعه كما فى ملك النكاح فلما لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الاولى * ولنا ان الفاء للوصل والتعقيب فيقتضى ان يكون معتقا بذلك الشراء لا بفعل مبتدأ كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اى بذلك الاطعام والسقى لانه لوصار معتقا بفعل مبتدأ قد يوجد ذلك وقد لايوجد فلا يتحقق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقق الابعد الملك وانتفاء ملك النكاح لحرمة المحل وهوموجود قبل العقد **قوله** ولادا اوغيره والشافعى رحمه الله يخالفنا فى غير الولاد لان العتق اقوى الصلات فيناط باقرب القربات وهو الولاد لمكان الحرية والاصل هو الاتفاق بين البعض والكل فجعل ملك الرجل ولده واباه كملك نفسه والعبد اذا ملك نفسه عتق فكذا اذا ملك اباه او ولده **قوله** والاخوة وما يضاهيها وهى القرابة المتوسطة تتجاوز فى الاصلاب والارحام كالاعمام والاخوال وبنيهم وقد الحقت بالبعيدة فى الشهادة والقود والزكوة وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا فى هذا الحكم * * * * * * **قوله**

فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد ولم يمتنع فيه * ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر فى الاصل والولاد ملغى لانها هى التى يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولافرق بينما اذا كان المالك مسلما اوكافرا فى دار الاسلام لعموم العلة و المكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجرى مجراه لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد * وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهى اخته من الرضاع * * *

قـــوله فامتنع الالحاق اى بالقياس لان الحكم فى الاصل ثابت مع منافاة القياس فلا يجرى فى مثله القياس قـــوله او الاستدلال اى امتنع دلالة النص ايضا لان قرابة الاخوة ادنى مرتبة من قرابة الولاد ويشترط فى الدلالة مساواة الفرع الاصل من كل وجه قـــوله ولهذا امتنع التكاتب بيان للفرق بين الولاد وغيره قـــوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ايضا لكون الولاد ملغى فى الاصل وهو قرابة الولاد وقد اجمعنا بالعتق فيها عند الملك فكذا فى القرابة المؤبدة بالمحرمية وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحرزا عن القطيعة المحرمة فلان يعتق اولى اذ بقاء الملك اعلى من القطيعة * ولايقال ما ذكر من وجوب النفقة لايلزم الخصم لانه لانفقة فى غير الولاد عنده * لانانقول يلزمه لانه لما ثبت وجوب النفقة لذى الرحم المحرم بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لم يعتبر انكار منكر بعده * فان قيل ان حرمة النكاح اسرع ثبوتا من العتق الاترى ان حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولا يثبت به العتق فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق * قلنا كلامنا فى حرمة كانت صيانة عن الذل تحقيقا للصلة وليس للرضاع اثر فى وجوب الصلة الاترى انه يجرى التوارث ولاوجوب النفقة فى الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح لم تثبت فى الرضاع صلة بل النص اثبت حرمته فيه كما اثبت حرمة نكاح المشركة فان حرمة النكاح تثبت بالنساء غير القرابة وليس كلامنا فيه قـــوله ولافرق بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا فى دار الاسلام انما قيد به لان الحربى لو ملك فى دار الحرب ذارحم محرم منه لم يعتق عليه قـــوله لعموم العلة وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين * قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتبر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذى رحم محرم فلم يعتبر الارث قـــوله والافتراض عند القدرة يعنى صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولاقدرة للمكاتب على كتابة اخيه لان الكتابة نوع عتق ولاقدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده ان يعتق بجميع اجزائه فيسرى العتق الى قريبه ولادا تحقيقا لمقصوده وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما * فلنا ان نمنع وحل وضع الزكوة لايدل على حرمة صلة العتق فالزكوة نفسها صلة ولكن لم يحل بين الاباء والابناء لان التمليك لم يعم للاشتراك فى المنافع ولاكذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لابيه لاتصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جر النفع وقد عدم فى الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابيه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك فتبين ان الولد انما لايقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصد الاب كرامة للاب لا لانه يعتق عليه لوملكه وكذا حل الحليلة لان الوحشة التى تلحق الانسان تحل حليلته لغيره دون الوحشة التى تلحقه بلزوم الطاعة قهر الحق

لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبى جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى اوللشيطان اوللصنم عتق) لوجود الاعتاق من اهله فى محله ووصف القربة فى اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الاهل فى المحل كما فى الطلاق وقد بيناه من قبل (وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما فى الطلاق) * واما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعى رحمه الله وقد بينا فى كتاب الطلاق * واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجرى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف فى موضعه (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان اعتق حاملا عتق حملها) تبعا لها اذ هو متصل بها (ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط فى الهبة والقدرة عليه فى البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشئ من ذلك ليس بشرط فى الاعتاق فافترقا (ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه فى حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على مامر فى الخلع * وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل (قال وولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضى به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضى به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيتبعها فى وصف الحرية كما يتبعها فى المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * باب

الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالمحرمية بالرحم لا يدل على انه لا يجب عن الاعلى **قوله** لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة **قوله** فشابه النفقة اى كما يجب على الصبى والمجنون نفقة الابوين وولد المجنون وكل ذى رحم محرم منهما فكذا العتق على الملك **قوله** واما التعليق بالشرط فانه صحيح فى الملك بلا خلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله **قوله** ولا استرقاق على المسلم ابتداء احترز به عن الاسترقاق بقاء لان الرق جزاء الكفر لكنه فى حالة البقاء صار من الامور الحكمية فيصح بقاء كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود اسبابها **قوله** ولو اعتق الحمل على مال بان قال لامته اعتقت ما فى بطنك على الف درهم عليك فقبلت ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فهو حر تيقنا بوجود ما فى البطن حين علق عتقه بقبولها وقد وجد منها القبول **قوله** على مامر فى الخلع المذكور فى باب الخلع ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى يجوز ولم يذكر اشتراط بدل العتق على الاجنبى **قوله** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل اى الاصل ان يكون حكم الجزء حكم الكل ولا معارض له فيه اى للاب فى هذا الاصل لان الامة تبع للمولى فيكون ماؤها تبعا له ايضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما اذا كانت منكوحة فان ماءها يكون معارضا لمائه فيصار الى الترجيح فيرجح ماؤها لان ماءه صار مستهلكا بمائها لان ماءها فى موضعه وماؤه انتقل من موضعه والشئ فى محله اقوى * * * باب

باب العبد يعتق بعضه

(واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى فى بقية قيمته لمولاه عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يعتق كله) واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لايتجزى وهو قول الشافعى رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله * لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذى هو ضعف حكمى وهما لايتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد * ولابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدى الى ماوراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجزى كما فى البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر اى زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك وقد نص عليه فى المبسوط انه لايعتق شئ منه باعتاق البعض ولا خلاف ان الرق والعتق لا يتجزيان وانما الخلاف فى الاعتاق * وقال صاحب الميزان فى طريقته ان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى اوحكمه يتجزى بل معنى ذلك ان المحل فى قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته فى النصف دون النصف *وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لافعنده لايوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل **قوله** وعندهما لايتجزى وهو قول الشافعى رحمه الله فقوله مثل قولهما فيما اذا كان المولى واحدا او كان المعتق موسرا اما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له ان يبيع ويهب عنده ما يجئ فى الكتاب **قوله** ولابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك اوهو ازالة للملك * ووجه المغايرة هو ان فى الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملك فتكون ازالة الملك علة والاعتاق وهو اثبات القوة حكمها * وفى الوجه الثانى تكون ازالة الملك عين الاعتاق **قوله** والرق حق الشرع لانه جزاء الاستنكاف فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد عبيده والجزاء ما يجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد فيكون حقه ولهذا سمى القطع جزاء لانه خالص حقه **قوله** اوحق العامة لان الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الجمادات من الاموال فصار فى حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكاليف فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصدا لكان العبد مبطلا لحق الغير قصدا ولو جعلناه ازالة للملك قصدا وثبت فى ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمرء لايتمكن من ابطال حق الغير قصدا ويتمكن من ابطال حق نفسه قصدا ثم يبطل به حق غيره ضمنا الاترى ان العبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يجز ولو اعتق نصيبه يتعدى الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا **قوله** وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره * * * * * * * * * *

والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله وبقاء الملك فى بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لارقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لايرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حال متوسطة فاثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنة لماضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد (واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق اواستسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزى الاعتاق وعدمه على مابيناه والثانى ان يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع *لهما فى الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة * وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه * * * * * * * كما

والاصل ان حكم التصرف لايكون متعديا عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدى الى ماوراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجز كما مر فيبقى على الاصل قــــوله والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض يوجب ثبوت المالكية فى كله اى باعتبار العتق لانه لايتجزى او لانه لما اسقط ملكه عن بعض العبد وجب ان تثبت للعبد ولاية فى ذلك البعض ولاتثبت المالكية فى ذلك البعض الابثبوتها فى الكل قــــوله لانه اسقاط لا الى احد لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد بالعوض فيكون عينه باقيا فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البدل المقابل بها ولا كذلك فى فصل السعاية لان التصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك فى البعض وهو اسقاط لا الى احد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده

قــــوله والاستيلاد متجزئ عنده جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد قــــوله ملكه بالضمان وانما يملكها بدون رضاء الساكت لانه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها وعملت عملها فى بعض المحل فتحققت الضرورة الى تملك نصيب صاحبه اذ العمل بالعلة فى البعض دون البعض غير مشروع كمن استولى على مباح واراد ان يتملك البعض دون البعض وتملك مال الغير عند الضرورة ببدل بعدله جائز فى حالة المخمصة * وهذا بخلاف ما اذا استولدها بالنكاح لانه ثمه لم تعمل العلة فى شئ منها وتأخر عمل العلة الى زمان وجود الشرط جائز قــــوله تبتنى على حرفين والحرف الثانى يرجع الى الحرف الاول لان الاعتاق لما كان يتجزى لم يعتق نصيب الساكت وبقى مملوكا له لكن بصفة الفساد لايجوز بيعه ولا هبته وقد وجد ههنا الضمان من المعتق بالافساد بطريق التسبيب والثانى احتباس المالية فى يد العبد فيميل * * *

كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان والقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان اومعسرا لما قلناه فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهوان يملك من المال قدرقيمة نصيب الآخر لايسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ماقصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه * ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزى * واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك * * مما

فيميل الساكت الى ايهما شاء وعندهما لما كان لايتجزى عتق الكل فلايتصور احتباس المالية فى يد العبد غير ان المعتق ان كان موسرا فعليه الضمان وان كان معسرا فعليه السعاية بالنص * ثم اختلفت الرواية عن ابيحنيفة رحمه الله فى رواية اذا اختار العتق او السعاية علم انه هو الواجب من الاصل وعندهما الضمان هو الاصل * وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد او المعتق الموسر قبل التضمين او الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لان الضمان هو الاصل فلايسقط بالموت كما فى الغصب وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك لان الضمان يثبت بشرط ملك المضمون وذلك لايتصور بعد الموت وكذا لومات العبد وترك اكسابا فعلى الرواية الاولى ليس له اخذ الاكساب بطريق السعاية لان الضمان هو الاصل فيكون اكتسابا بعد الموت وذلك لايجوز بعد موت العبد وعلى الرواية الثانية له ان يأخذ الاكساب لان الواجب احدهما فتبين ان الواجب من الاصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابا قبل الموت وبموت المكاتب لاتبطل الكتابة فيأخذ الاكساب **قوله** كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان والقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان اومعسرا لما قلنا اى احتبست ماليته عنده * فان قيل هذا القياس وقع معارضا لحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد وكل قياس هو مخالف للنص فهو مردود * قلنا ذكر القسمة فى الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضى الوجود عند الوجود ولايقتضى العدم عند العدم على اصلنا فجاز له ان يستسعى عند وجود الدليل وان كان موسرا وفائدة القسمة نفى الضمان لوكان فقيرا **قوله** ثم المعتبر يسار التيسير * وذكر فى العيون وهو المختار ان الموسر فى ضمان العتق من يملك ما يساوى نصف المعتق سوى المنزل والخادم ومتاع البيت وثياب الجسد وتعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم الاعتاق فكذا حال المعتق فى يساره واعساره وان قال اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه ونظر اليه يوم ظهر العتق كما فى الاجارة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت فى تضمين المعتق ابراء للعبد واختياره ان يقول اخترت ان اضمنك اويقول اعطنى حقى * وعن محمد رحمه الله ان يتراضيا على الضمان اويقضى به القاضى * وفى الروايات كلها اذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لانه ليس فى الاستسعاء نقل الملك فلايتوقف على قضاء ولا رضاء بخلاف التضمين ولومات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فعن ابيحنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط نقل الملك الى المعتق وقد فات النقل بالموت * وفى المشهور عنه له التضمين لان الضمان تستند الى حالة الاعتاق كما فى تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب ولوباع الساكت نصيبه من المعتق او وهب على عوض فالقياس ان يجوز كالتضمين * وفى الاستحسان لا لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الافساد وهو محل له * * * قوله

مما

مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي اويستسعى ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا * والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته اولا يقضى دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت اويقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه * وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما * وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لاوجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولاراض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه * قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لايفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد * * * قال

قــــوله مما سوى الاعتاق وتوابعه مثل التدبير والاستيلاد قــــوله لما بينا اى احتبست مالية نصيبه قــــوله ولانه ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي ان لايتملكه لانه مكاتب قال انما يملك ضمنا لاداء الضمان لاقصدا والضمنيات لاتعتبر وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء له اى في نصيبه قــــوله باجماع بيننا احترز به عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع العبد بما سعى على المعتق لانه يسعى لفكاك رقبته عند ابي حنيفة رحمه الله اولا يقضى دينا على المعتق على قولهما لانه حر مديون عندهما فيقضى دينا عليه لاعلى المعتق بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على المعتق باعتبار انه يسعى في رقبته قد فكت على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وباعتبار انه يقضى دين المعتق على قولهما وقول الشافعي رحمة الله تعالى عليه في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب * وهذا يخالف النص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كلف عتق بقيته ولو بقي رقيقا كما كان لم يكلف عتق نفسه * وقال ابن ابي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه الزمه هذه العهدة قصدا * وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل لايثبت الرجوع اولانه لم يلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف المالك وكم من شيء يثبت ضمنا وان كان لايجوز قصدا * وقول زفر رحمه الله كقول ابن ابي ليلى رحمه الله الا ان عند زفر رحمه الله يرجع المعتق على العبد ايضا * وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لايرجع المعتق على العبد لانه ضامن نصفه * وقال ربيع وهو استاذ مالك رحمه الله اذا اعتق احد الشريكين لايعتق اصلا كيلا يتضرر شريكه وقد قال عليه السلام لاضرر ولا ضرار في الاسلام * قلنا ان هذا النص مشترك الدلالة فانه لو لم ينفذ تصرفه في ملكه التام لتضرر به * وروى ان ابا يوسف رحمه الله ناظر مع الربيع في هذه المسئلة فقال ارأيت لو رضى به صاحبه فتحير الربيع وانما تحير لانه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال لم يجز لكان فيه ابطال علته * وقال بشر رحمه الله يعتق كله كما قالا الا ان الضمان على المعتق موسرا كان اومعسرا قياسا على اتلاف سائر الاموال * ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب صاحبه والاسعى العبد غير مشقوق عليه اى على العبد * وهذه المسئلة مسدسة لما فيها من الاقوال الستة قــــوله ولا راض به اى العبد غير راض بفعل الاعتاق لان الرضاء لايتحقق الا بعد العلم والمولى متفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا * * * قــــوله

(قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا اومعسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا) لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان اوصادقا لانه مكاتبه اومملوكه فلهذا يستسعيانه ولايختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لايمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلامنهما يقول عتق نصيب صاحبه عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي * وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الاعتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان اوكاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لايدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية ولاتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرء عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما (ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى دخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولايمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا * ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لابعينه اوبعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان ويتأتى التفريع فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية اولا يمنعها على الاختلاف الذى سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول * * * واذا

قــــوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه وهذا بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعى العتق على صاحبه ووجوب الضمان له اوالسعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما للآخر كذا في الايضاح قــــوله كاذبا كان اوصادقا لانه ان كان صادقا كان العبد بمنزلة المكاتب في حقه عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان كاذبا كان العبد مملوكا له وايا ما كان فله ولاية استسعائه واستكسابه قــــوله ولايختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه حالتى اليسار والاعسار في احد الشيئين التضمين اوالسعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك لجحود الشريك الاعتاق من جهته فتعين السعاية ويكون الولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف ان نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الامر في حقهما على ما اتفقا عليه قــــوله ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل وبه فارق الشهادة بالعتق فهناك لم يتيقن بسقوط شيء من السعاية عن العبد لجواز ان يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يشهد به على صاحبه قــــوله والجهالة ترتفع

(واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الأب) لانه ملك شقص قريبه وشراه اعتاق على مامر (ولاضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه) وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة اوصدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه *لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه * وله انه رضى بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولايعلم الآمر بملكه (وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الأب) لانه ما رضي بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده (وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله) لان يسار المعتق لايمنع السعاية عنده وقالا لاخيار له ويضمن الأب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلاضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا * * * * * * ومعناه

بالشيوع والتوزيع * فان قيل في التوزيع فساد ايضا وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق * قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فانا لولم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه ولو قلنا بالتوزيع كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى **قوله** واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الأب اى زال ملكه عن حصته **قوله** وكذا اذا ورثاه * صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن اخ وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه * اوكان لرجلين ابن عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الأب *او امرأة لها زوج واب ولها غلام وهو ابو زوجها فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها **قوله** وله انه رضى بافساد نصيبه فلايضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا بان قال له اعتق نصيبك فانه لاضمان له **قوله** ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة اى علة علة العتق **قوله** وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روى عن ابي يوسف رحمه الله ان هذا ضمان تملك فلايختلف باليسار والاعسار* وعن ابي يوسف رحمه الله في رواية ان ضمان الاعتاق ايضا ضمان تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن **قوله** حتى يختلف باليسار والاعسار هذا ايضاح لقوله ضمان افساد اى ضمان افساد نصيب الساكت يكون ضمان التسبيب وذلك مبني على صفة التعدي فاذن يختلف باليسار والاعسار اذ الموسر متعد لانه يكون لاحراز ثواب الاعتاق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو اعتاق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرا في ذلك والمعسر مضطر اليه فلايكون متعديا **قوله** ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه * وروى الحسن بن زياد عنه انه فرق بين العلم وعدمه لان رضاه لايتحقق اذا لم يكن عالما به * فان قيل لو قال احد الشريكين لآخر ان ضربت العبد اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا يضمن الحالف للضارب ان كان موسرا * قلنا الضرب شرط والرضاء بالشرط لايكون رضاء بالسبب وهنا *رضى

ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبر احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا العبد للذى دبره اول مرة ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان اومعسرا) واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه اويعتق اويكاتب اويضمن المدبر اويستسعى العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على مامر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذهو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك فى التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولايمكن ذلك فى الاعتاق لانه عند ذلك مدبر مكاتب اوحر على اختلاف الاصلين ولابد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف * * * * * * * * * * * *

رضى بالعيب حين شاركه فى علة العتق وهو الشراء * فان قيل الرضاء بالشرط من المراة كالرضاء بالسبب فى اسقاط حقها عن الارث فليكن فى مسئلة الضرب كذلك * قلنا الفرار يثبت بشبهة العدوان فيبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الاتلاف والافساد فلم يبطل الا بحقيقة الرضاء صريحا اوبمباشرة العلة دون الشرط قــــوله ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله قيد به لانه اذا اشترى من احد الشريكين نصيبه يضمن للآخر بالاجماع قــــوله والوجه قد ذكرناه وهو ماذكرانه رضى بافساد نصيبه قــــوله فارادوا الضمان هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع والمعتق لايريد الضمان اصلا قــــوله فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه اويعتق اويكاتب ومعنى ثبوت هذه الخيارات ان تصح منه هذه التصرفات ان فعل مالايؤدى له فى الاعتاق والاستسعاء لما فيه من افساد نصيب الشريك لانه كان متمكنا من الانتفاع بنصيبه على ملكه الى وقت الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لايتمكن فاذا اعتقه الآخر بقى هذه الخيارات للساكت قــــوله اذهو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة عندنا الاصل فى ضمان المال ثبوت الملك فى المضمون تحقيقا للمعادلة حتى صح اقرار المأذون بالغصب * فان قيل لوكان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لاعن قبض فيما اذا غصب مدهن فضة فانكسر عنده وقضى عليه بقيمته من الدنانير وافترقا لاعن قبض ومع هذا لايبطل القضاء * قلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضة فيما عداه اذ الثابت ضرورة لايعد وموضعها قــــوله لانه عند ذلك مدبر اى عند الاعتاق مدبر * وفى بعض النسخ لانه عند ذلك مكاتب اوحر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاء المكاتب بفسخه وهذا غير صحيح لانه عند الاعتاق ليس بحر ولامكاتب والمستسعى عند ابى حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لا ينفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح عند الاعتاق مدبر فانه لايقبل النقل من ملك الى ملك كذا نقل عن ابن المصنف * وقيل المراد بقوله حر انه مدبر كنى بالحرية عن التدبير لانه يقضى عليها * * * * * * * * * * * * *

وقيمة

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولايضمنه قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولايختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر (قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الآخر فهى موقوفة يوما ويوما تخدم للمنكر عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشترى على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه فى الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصرانى اذا اسلمت * ولابى حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولاخدمة للشريك الشاهد ولااستسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم ولايرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد (وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها) لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما * * * * * * * * وعلى

قـــوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا فيه اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم قيمته نصف قيمة القن * وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والظن قـــوله ولايضمنه قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت لان الاعتاق وجد قبل تملك المدبر نصيب الساكت ولكنه يستسعى العبد فى ذلك ولو ضمن الساكت المدبر نصيبه ثم اعتقه الثانى كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثى قيمته ثلثه مدبرا وثلثه قنا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله ان يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر وانما يضمن اذا كان موسرا لانه ضمان الاعتاق وانه يختلف باليسار والاعسار * فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو الف عبدين قيمة كل الف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا وهذا ضمان عتق ومع هذا لايختلف * قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لاضمان سراية الفساد والاصل ان فساد الملك متى كان بطريق السراية كالعبد المشترك اذ اعتق احدهما نصيبه يختلف الضمان باليسار والاعسار ثم الضمان يجب بافساد الملك لان الاعتاق صادف كل واحد منهما ملكا لرب المال لاشتغاله برأس المال غير انه انما يضمن للمضارب لتعلق حق المضارب بمالية ربع كل واحد من العبدين قـــوله هو ثابت من وجه دون وجه لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند اداء الضمان لم يكن ثابتا قبله ومن حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل اداء الضمان فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر فى حق الضمان والمضمون له دون غيرهما لما عرف ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قـــوله فهى موقوفة يوما اى عن خدمة سيدها ويكتسب فيه ما ينفق على نفسها قـــوله ثم تكون حرة لاسبيل عليها الانها لما ادت النصف عتق النصف فعتق الكل عندهما ضرورة عدم التجزى * قـــوله كام ولد النصرانى اذا اسلمت فانها تقوم قيمة عدل وتسعى فى قيمتها لتعذر ابقائها فى ملك المولى ويده بعد اسلامها واصراره على الكفر فيخرج الى الحرية بالسعاية * قـــوله فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد * جواب لابى حنيفة رحمه الله عن قولهما * * * * * * * * * * * * * * * انقلب

وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها فى كفاية المنتهى * وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لايسقط تقومها كما فى المدبر الاترى ان ام ولد النصرانى اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان * ولابيحنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لايسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم * * * * * وفى

انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها يريد به انه لايجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا فالمقر يزعم انها ام ولد صاحبه فله ان يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم انها فيه مشتركة بهما بخلاف ما اذا شهد احدهما على صاحبه بالعتق ففى زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر ان يستخدمها لانه يزعم انها ام ولد الغير ولا ان يستسعيها لانه بدعوى الاستيلاد يدعى ضمان التملك ويتبرأ عن السعاية وان مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها كانت ام ولده وقد عتقت بموته وزعم المنكر انها مشتركة وان اقرار الشريك فيها نافذ ثم يسعى فى نصف قيمتها لورثة المنكر **قوله** وعلى هذا الاصل اى اصل ان ام الولد لاتتقوم عند ابيحنيفة رحمه الله وعندهما تتقوم تبتنى عدة من المسائل *منها اذا مات احدهما حتى عتقت لم يسع للآخر عنده وعندهما يسعى * ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شئ لشريكه عليه من الضمان ولاسعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا وسعى الولد فى نصف قيمته ان كان معسرا * ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشترى فادعى البائع الولد صح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولم يكن له ان يحبس بازاء الام شيئا عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن * ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وذكر محمد رحمه الله فى الرقيات ان عند ابيحنيفة رحمه الله ام الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبى الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن الغاصب ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لاضمان الغصب الا ترى انه يضمن الصبى الحر بمثله والذى يوضح كلام ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الباقى للمولى على ام ولده ملك الخدمة والمتعة وملك المتعة والمنفعة لايضمن بالاتلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقى عليها ملك المالية حتى يقضى دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف كذا فى المبسوط **قوله** وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم لان الوطئ لايستباح الا بملك النكاح او اليمين ولم يوجد الاول فتعين الثانى وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية فى الآدمى ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافى التقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لايرد عليه الابطال بالبيع ولاتنافى بينه وبين التقوم **قوله** ولابيحنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم لان الآدمى ليس بمال متقوم فى الاصل لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير ما لا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار مالا متقوما فيثبت به ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التمول

وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى ام ولد النصرانى فقضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لايفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

(ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذى اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابيحنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كذلك الا فى العبد الاخير فانه يعتق ربعه) اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لان الثانى دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفه * * * * * * فما

فصار فى صفة المالية كان الاحراز لم يوجد اصلا فلا يكون مالا متقوما وقوله والاحراز للتقوم تابع للاحراز للنسب فكانت محرزة احراز المنكوحات لا احراز المملوكات فلايعتبر الاحراز للتقوم قــــوله وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت هذا يناقض ماذكر فى التدبير من قوله ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان مابعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية* ويمكن ان يقال الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط فالتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر وينعقد سببا للحرية عند الموت كما فى سائر التعليقات ولهذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت اى فى حق سقوط التقوم وثبوت الحرية ويدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة ام الولد ومن قوله فى باب التدبير جعله سببا للحال اولى فى حق امتناع البيع والهبة فيرتفع التناقض قــــوله فقضينا بتكاتبها اى جعلناها هذا فى معنى المكاتبة دفعا للضرر من الجانبين من جانب ام الولد ومن جانب النصرانى وبدل الكتابة لايفتقر وجوبه الى التقوم لانه مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم لانه اسقاط اولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما وقد احتبس عندها لمعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القابل يلزمه بدله او يقال ان الذمى يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها لذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما بنى فى حقهم الحكم على اعتقادهم كما فى مالية الخمر والله اعلم بالصواب

باب عتق احد العبدين

قــــوله ثم مات ولم يبين ومادام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان عنى بالكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لانه عتق دائر بين الحر والعبد * فان قيل العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء فلايصير جامعا بين الحر والعبد فينبغى ان لايبطل الايجاب الثانى * قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضى ان لايبطل الاعتاق الثانى فيفيد العتق فى الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضى ان يبطل والعتق فى الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثانى وان عنى بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثانى لصحته لكونه دائرا بين العبدين هذا اذا بدء بالكلام الثانى وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول * * * * لان

فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثانى يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل * وهما يقولان انه دار بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف (قال فان كان القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهى سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق فى مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلابد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فتجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى فى اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى فى خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان * وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقى التخريج مامر (ولو كان هذا فى الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات * ومن

لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثانى يعتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا رقيقين بيقين لان العتق على الثابت انما يقع بالايجاب الثانى بعد وجود الايجاب الاول بخلاف المسئلة الاولى * وان قال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات احدهم فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثانى وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت يزاحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير فى الايجاب الاول فان عنى به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثانى وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثانى لما مر فان لم يمت واحد منهم ولكن مات المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال * فان قيل ينبغى ان يعتق كل واحد ولا يسعى فى شىء خرجوا من الثلث اولا عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لايتجزى فاذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله * قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزى لانه صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها **قوله** فما اصاب المستحق بالاول لغا * فان قيل لم لاينصرف ما اصاب الثابت من الايجاب الثانى الى نصفه الفارغ تصحيحا للتصرف بقدر الامكان كما فى عقد الصرف* قلنا لولم يصرف الجنس فى عقد الصرف الى خلافه يلزم بطلان اصل العقد وهنا ان لم يصرف العتق الى نصفه الفارغ لم يبطل اصل الاعتاق ولان مقصود العاقدين تصحيح تصرفهما ثمه وهنا جاز ان يكون المراد من الايجاب الثانى الاخبار لا الانشاء على اعتبار ان يكون المراد بالاول هو الثابت فاذا لم يتيقن بكونه قاصدا للانشاء فى الايجاب الثانى جرينا على قضية شيوع الكلام **قوله** وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات والفرق واضح على اصل ابى حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده يتجزى فكان الرق ثابتا فى الثابت فصح * * * * الايجاب

(ومن قال لعبديه احد كما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتى عتق الآخر)
لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الاخر
ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصود ان ينافيان العتق الملتزم
فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين * ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد
مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا *والعرض
على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع
لانه تمليك (وكذلك لوقال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما * * * لما

الايجاب الثاني من كل وجه كما مر واما الطلاق فلا يتجزى فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة
فكان جامعا بين مطلقة وغير مطلقة قائلا احديكما طالق فلا يصح انشاء لوقوعه اخبارا فلم يصح الايجاب
الثاني بكل حال ولان العتق المبهم معلق بشرط البيان فلايكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطلان
واما الطلاق في حق البراءة عن المهر لايقبل التعليق بالشرط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهو
البراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطلان فنزل حكمه وهوسقوط نصف المهر لمكان التردد الى الربع
موزعا على الثابتة والداخلة فيفيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما * والفرق لابي يوسف رحمة الله
تعالى عليه انه يوجد شخص مترددالحال بين الحرية والرق ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابت
بهذه المثابة لتردد حاله بين الرق والعتق فيكون محلا للايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا
الوجه بكل حال فاما في الطلاق فلا يوجد شخص مترددالحال بين ان يكون مطلقة اومنكوحة ثم يصح ايقاع
الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه * فقلنا ان صح سقط به نصف المهر وان لم يصح
لم يسقط به شيء فيسقط به ربع المهر ثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع
وهو الثمن فلهذا سقط ثمن مهرها * ولايقال المعتدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلايوجب
العدة واما حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لان الداخلة وارثة بيقين ولا
يزاحمها الا امرأة واحدة لان احد الاخريين مطلقة بيقين بالايجاب الاول* وهذا لانه ان اريد بالايجاب
الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان اريد بالايجاب الاول الخارجة فالايجاب
الثاني دائر بين الثابتة والداخلة وليست احديهما باولى من الاخرى فينتصف الارث بينهما فكيف ما
كان فالداخلة وارثة ولا تزاحمها الاامرأة فالنصف لها والنصف الاخر بين الاخريين نصفان وعلى كل واحدة
منهما عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها منكوحة ولاتتصور عدة الطلاق لعدم الدخول **قوله** وكذا
اذا استولد احديهما بان وطىء احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امومية الولد
واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة
قوله للمعنيين * احدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه والثاني انه قصد الابقاء على ملكه
الى زمان الموت **قوله** والمعنى ما قلنا اي من قصده الوصول الى الثمن **قوله** في المحفوظ
عن ابي يوسف رحمه الله اي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية * فان قيل لوقال احد هذين ابني
اواحدى هاتين ام ولدى فمات احدهما لم يتعين الباقي للعتق اوالاستيلاد * قلنا لانه اخبار عن امر
سابق والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلايصح الا في الحي * فان قيل لو
اشترى احد العبدين وسمى لكل واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك
وهنا تعين العتق في القائم * * * * * * * قلنا

لما قلنا (وكذا لو وطیٔ احدیهما) لما نبین (ولو قال لامتیه احدیکما حرة ثم جامع احدیهما لم تعتق الاخری عند ابی حنیفة رحمه الله وقالا تعتق) لان الوطیٔ لایحل الا فی الملك واحدیهما حرة فكان بالوطیٔ مستبقیا الملك فی الموطوءة فتعینت الاخری لزواله بالعتق کما فی الطلاق * وله ان الملك قائم فی الموطوءة لان الایقاع فی المنکرة وهی معینة فکان وطئها حلالا فلا یجعل بیانا ولهذا حل وطئها علی مذهبه الا انه لایفتی به * ثم یقال العتق غیر نازل قبل البیان لتعلقه به او یقال نازل فی المنکرة فیظهر فی حق حکم یقبله والوطیٔ یصادف المعینة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلی من النکاح الولد وقصد الولد بالوطیٔ یدل علی استیفاء الملك فی الموطوءة صیانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا یدل علی الاستیفاء

(ومن قال لامته ان کان اول ولد تلدینه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجاریة ولا یدری ایهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجاریة والغلام عبده) لان کل واحدة منهما تعتق فی حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجاریة لکونها تبعا لها اذ الام حرة حین ولدتها وترق فی حال وهو ما اذا ولدت الجاریة اولا لعدم الشرط فیعتق نصف کل واحدة ویسعی فی النصف اما الغلام یرق فی الحالین فلهذا یکون عبداً وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانکر المولی والجاریة صغیرة فالقول قوله مع الیمین لانکاره شرط العتق فان حلف لم یعتق واحد منهم وان نکل عتقت الام والجاریة لان دعوی الام حریة الصغیرة معتبرة لکونها نفعا محضا فاعتبر النکول فی حق حریتهما فعتقتا ولو کانت الجاریة کبیرة ولم تدع شیئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنکول المولی خاصة دون الجاریة لان دعوی الام غیر معتبرة فی حق الجاریة الکبیرة وصحة النکول تبتنی علی الدعوی فلم یظهر فی حق الجاریة ولو کانت الجاریة الکبیرة هی المدعیة لسبق ولادة الغلام والام ساکتة یثبت عتق الجاریة بنکول المولی دون الام لما قلنا والتحلیف علی العلم فیما ذکرنا لانه استحلاف علی فعل الغیر * * * * * * * * * * * *

* قلنا لافرق بینهما اذ الهالك یهلك علی ملکه فی الفصلین ولانه حین اشرف احدهما علی الهلاك تعین البیع فیه لتعذر رده کما قبض وانما یتعین للبیع وهو حی وهنا لو تعین العتق فیه لتعین بعد الموت لانه بالاشراف علی الهلاك لا یخرج عن محلیة العتق وبعد الموت هو لیس بمحل للعتق فعتین فی القائم ضرورة والکتابة وتعلیق عتق احدهما بالشرط کالتدبیر والرهن والایصاء والاجارة والتزویج والعرض علی البیع کالبیع * فان قیل الاجارة لا تختص بالملك بدلیل جواز اجارة الاحرار * قلنا الاجارة علی وجه یستحق الاجر لا تکون الا بالملك فتکون تعینا دلالة وذکر التسلیم فی الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص علیه فی المحیط والایضاح قــــوله لما قلنا ای لم یبق محلا للطلاق قــــوله ثم یقال العتق غیر نازل آلخ هذا البیان ما ادعاه من حل الوطیٔ لان الحل کان ثابتا فلو زال انما یزول بالعتق والعتق المبهم معلق بشرط البیان ولهذا المعنی لو قال لعبدیه احدکما حر ثم شجا فاوقع العتق علی احدهما کان ارشهما للمولی او یقال ان کان نازلا انما ینزل فی المنکرة قــــوله فیظهر فی حق حکم یقبله کالبیع فان المنکر یقبل البیع بان اشتری احد العبدین علی ان المشتری بالخیار فیهما یصح واما المنکرة فلا یقبل الوطیٔ لانه امر حسی فلا یقع فی غیر المعین فلا یمکن وطیٔ غیر المعینة لذلك فلا یکون الوطیٔ بیانا فی الاخری بخلاف الطلاق فان بوطیٔ احدیهما فی باب الطلاق یأتی بما هو المعظم من المقاصد فی باب النکاح فیصیر بیانا کما لو باع احدیهما فیما نحن فیه لانه اتی بالبیع بما هو المعظم من المقاصد فی ملك الیمین والوطیٔ فی ملك الیمین لیس من معظم المقاصد الاتری ان شری المجوسیة وشری من یحرم علیها وطئها برضاع اوصهریة یجوز بخلاف النکاح قــــوله ومن قال لامته ان کان اول ولد تلدینه غلاما الی ان قال عتق نصف الام ونصف

وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى (قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى الا ان يكون فى وصية) استحسانا ذكره فى العتاق (وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن) وهذا بالاجماع (وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشهادة فى العتق مثل ذلك) واصل هذا ان الشهادة على عتق لاتقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق فى مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة * وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما فى الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا فى الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهد انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابيحنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق * * * والعتق

الجارية * وقال فى المبسوط وذكر محمد رحمة الله تعالى عليه فى الكيسانيات وهذا الجواب الذى ذكر ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لايحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء * واما جواب الكتاب ففى فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهى حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان والام يعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام **قــــوله** وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى وجميع الوجوه ستة * احدها ان يتصادقوا انهم لايدرون ايهما اول وجواب الكتاب انه يعتق نصف الام ونصف الجارية باعتبار الاحوال * والثانى ان تدعى الام ان الغلام اول وانكر المولى ذلك وقال الجارية هى الاولى والجارية صغيرة والجواب ان القول قول المولى مع يمينه لما ذكر فى الكتاب * والثالث ان يتصادقوا ان الغلام اول والجواب انه عتقت الام والبنت ورق الغلام لانه لاحظ له من العتاق فى عموم الاحوال * والرابع ان يتصادقوا ان الجارية هى الاولى والجواب انهم ارقاء * والخامس ان تدعى الام ان الغلام اول ولم تدع الجارية شيئا وهى كبيرة والجواب انه حلف المولى فان حلف لم يثبت شىء وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية * والسادس ان تدعى البنت دون الام فالجواب على عكس هذا **قــــوله** والشهادة على عتق الامة اى الامة المعينة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق **قــــوله** لان الدعوى من المجهول لاتتحقق وذلك لانا لو صورنا دعوى احدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهى لاتصح وكذا اذا ادعيا ايضا لاتصح لانهما معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى احدهما دعوى من صاحب الحق ولان الدعوى حينئذ لاتكون مطابقا للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين **قــــوله** لما انه يتضمن تحريم الفرج اى عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى كما فى الشهادة برؤية هلال رمضان وحد الزنا والشرب والطلاق * فان قيل فعلى هذا ينبغى ان يكتفى بشهادة الواحدة لانه امر دينى وخبر الواحد فيه حجة تامة * قلنا

والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا فی صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه فی مرض موته او شهدا على تدبيره فی صحته اومرضه واداء الشهادة فی مرض موته اوبعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق فی مرض الموت وصية والخصم فی الوصية انما هو الموصی وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصی اوالوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال فی صحته احد كما حر قد قيل لاتقبل لانه ليس بوصية * وقيل تقبل للشيوع والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * * * * * *

باب الحلف بالعتق

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لی يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فی ملكه يوم حلف عبد فبقی على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا * * * * قال

* قلنا خبر الواحد انما يكون حجة فی الامر الدينی اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهنا يتضمن ازالة الملك والمالية وهو حق العبد وخبر الواحد لايكفی لذلك فلهذا قلنا لابد من ان يشهد رجلان قـــوله والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج *فان قيل اذا كانت هی اخته من الرضاع قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج * قلنا فيه معنى الزنا لان فعل المولى قبل العتق لايلزمه الحد وبعد العتق يلزمه على ان الامة فی انكار العتق متهمة لما لها من الحظ فی الصحبة مع المولى ولامعتبر بانكار المتهم فی انكاره فجعلت كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبی مع اقرار الوصی فانها تقبل وان كانت الشهادة انما تقبل فی حق المنكر دون المقر الا ان اقراره مردود شرعا فكان منكرا معنى فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للتهمة صارت مدعية تقديرا قـــوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية ای سواء وقع فی حالة الصحة او فی حالة المرض قـــوله والخصم فی الوصية انما هو الموصی وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصی اوالوارث فانزل الوصی او الوارث مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا انكر لان حق غيره تعلق بحق له فجعل مدعيا كيلا تكون دعوى العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفيرا للحقين قـــوله لانه ليس بوصية ای نظرا إلى الوجه الاول من وجهی الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت مدعيا تقديرا * وقال بعضم تقبل لان العتق شاع فيهما بعد الموت وهو الوجه الثانی من وجهی الاستحسان والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * *

باب الحلف بالعتق

قـــوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لی يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لانه مملوك له يومئذ * فان قيل الايجاب لايصح الا فی الملك او مضافا الى الملك ولم يوجد * قلنا قد وجد لانه اضاف العتق الى مملوك له زمان الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذا دخلت فاعتبر قيام الملك وقت الدخول * * * * * * * * * * * * قوله

قال

(قال ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وقت الدخول فلا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفى قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لامقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لايملك بيعه منفردا * قال رضى الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لوقال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها (وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد اوقال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذى ملكه يوم حلف) لان قوله املكه للحال حقيقة * يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث) وقال ابو يوسف رحمه الله فى النوادر يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف ولايعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لى اذا مت فهو حر * له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر * ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفى الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الاترى انه يدخل فى الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفى الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لايجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهى حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلايدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لى او كل مملوك املكه فهو حر * بخلاف

---

* قـــوله ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ لم يعتق اى الذى اشتراه بعد اليمين وهذه اليمين لاتتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا ان يعينهم وكذا عبيد عبده التاجر * وهو قول ابى يوسف رحمه الله سواء كان على العبد دين اولا * وعلى قول محمد رحمه الله عتقوا نواهم اولا وعليه دين اولا * وعلى قول ابى حنيفة رحمه الله ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والافلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل المدبر والمدبرة وام الولد وولدهما والذكر والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك يدخل فيه العبد المرهون لان الملك لم يختل فيه ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يصدق فى القضاء لان اللفظ عام فلا يصح التخصيص بمجرد النية فى الحكم ولو قال عنيت به مايستقبل عتق ماكان فى ملكه وما سيملكه فى المستقبل لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته فى ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل لانه قصد اثباته بلفظ محتمل قـــوله ولهذا لايملك بيعه منفردا وكذا لايجوز اعتاقه عن كفارة يمينه وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر وكذا اذا حلف لا يشترى مملوكين فاشترى جارية حاملا لايحنث قـــوله والحالة الراهنة اى الموجودة القائمة وانما سميت بالحالة الراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيه دون الذى يليه قـــوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه * * * * * * جواب

بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا * ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال * لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لايجوز ذلك بسبب واحد والله تعالى اعلم بالصواب

باب العتق على جعل

(ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه * * حتى

جواب سؤال وهو ان اللفظ لما لم يتناول فلم يعتق اذا بقى ملكه يوم مات * فاجاب ان هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالى ولايتناول المستحدث لان الايجاب يصح مضافا الى الملك اوسبب الملك ولم يوجد فى حق المستحدث واحد منهما فلايتحقق فى حقه التدبير المطلق ويتناول المستحدث من حيث انه ايصاء فاذا تناولهما الايجاب صار الذى يملكه وقت التكلم مرادا به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فاما الذى ملكه فيما يستقبل فانه لم يصر مرادا لان ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال فى شىء فاذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح فاذا لم يبعه حتى بقى على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول فى الثلث فوجب ان يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما فى ذلك بقيمته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة * وانما الحق المستقبل بالحال اذا قام عليه الدليل وهو الايصاء الذى يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يقم الدليل فى تلك المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال فى شىء فافترقا * فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال لان الحالة المتربصة استقبال محض وذا لايجوز لان قوله املكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند البعض وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز او الى تعميم المشترك وكلاهما لايجوز * قلنا هذا الكلام يتناول الموجودين حال الاعتاق ولكن حال الاعتاق من وجه حال التكلم ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم حالة واحدة من حيث انه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالة واحدة ويقال هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لايصح الا فى الملك اومضافا الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه ايجاب حتى يصير مدبرا ويتناول من يشتريه من حيث انه ايصاء فجمعنا بينهما بسببين مختلفين * وانما لايجوز ذلك اذا كان بسبب واحد * وهذا كاختلافهم فى قوله لله على ان اصوم رجبا ونوى به النذر واليمين فان ابا يوسف رحمه الله لم ير الجمع بين النذر واليمين لان احدهما حقيقة والآخر مجاز وهما جوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتحقيق هو الاول والله تعالى اعلم بالصواب

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم اوبالف درهم اوعلى ان لى عليك الفا او على الف تؤديها اوعلى ان تعطنى الفا او على ان تجزنى بالف فقبل العبد عتق وماشرط دين عليه لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت بالعتق ويجوز ان يجب المال عليه وان لم يملك ما قابله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وان لم تملك شيئا بمقابلته * * * * * قوله

حتى

حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ماعرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العهد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولاتضره جهالة الوصف لانها يسيرة (قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الف درهم فانت حر * ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدى فكان اذنا له دلالة (وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية* وقال زفر رحمه الله لايجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولاجبر على مباشرة شروط الايمان لانه لااستحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب * ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الاليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لايمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لايعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقى ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه * * * * * * * * * * * * * ثم

قــــوله حتى تصح الكفالة به لانه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به لثبوته مع قيام الرق المنافى لثبوت الدين اذ المولى لايستوجب على عبده دينا قــــوله اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة قــــوله ولاتضره جهالة الوصف يعنى وان لم يقل انها جيدة اوردية ربيعية او خريفية قــــوله ومراده التجارة دون التكدى لانه حرام او لانه من امارة الخساسة قــــوله فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لايتم بالمولى وحده ولايحتمل الفسخ ولايمتنع جواز البيع ولايسرى الى الولد المولود قبل الاداء ولايكون العبد احق باكسابه قــــوله وجعلناه معاوضة فى الانتهاء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول اذا ادى العبد المال كما فى الكتابة اذ الجبر يجرى على قبض العوض فى المعاوضات وان لم يجبر فى التعليقات وهذا لان المولى رضى بالعتق عند ادا العوض اليه والعبد ماتحمل المشقة فى اكتساب المال الالينال شرف الحرية فلو لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو اجبر لايتضرر السيد به * فان قيل لايمكن جعله معاوضة لان البدل والمبدل عند الاداء كله للمولى * قلنا لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا يثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالرد فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء قــــوله فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل اى فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهى وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتداء والانتهاء قــــوله نظيره الهبة بشرط العوض فانه يعتبر التقابض فى العوضين ويبطل بالشيوع ويرد بالعيب وخيار الرؤية عملا بالشبهين قــــوله كما اذا حط البعض وادى الباقى يعنى لايعتق باداء البعض * * * * * * * فانه

* ثم الاداء فی قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفی قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى (ومن قال لعبده انت حر بعد موتی على الف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه فی الحال لان ايجاب التدبير فی الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لايعتق عليه فی مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح (قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فی ماله عند ابی حنيفة وابی يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين) اما العتق فلانه جعل الخدمة فی مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهی ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها * * * * ثم

فانه اذا ابرء المكاتب عن بعض البدل وادى الباقی عتق لان المال ثمه واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرءه عن الكل اوحط بعضه وهنا لامال على العبد فبطل الحط والابراء ولا يعتق مالم يتم الشرط كما اذا قال ان كلمت زيدا وعمرا فانت حر ثم قال له حططت عنك كلام احدهما فانه لايصلح لان الحط فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لايحتمل الفسخ **قوله** ثم الاداء فی قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير كما فی قوله انت حر ان شئت فلا بد من المشية فی المجلس * لايقال فلما ادى فی المجلس كان المجلس متبدلا لان مجلس الاداء غير مجلس التعليق كما ان مجلس المناظرة غير مجلس التعليق وهناك يتبدل فكذاهنا * لانا نقول انما لزم هذا من ضرورة تحقق احد حكمی التعليق وهو الحنث فكان مستثنى كما ان مالزم من ضرورة تحقق الحكم الآخر للتعليق وهو البر فی قوله لايلبس هذا الثوب وهو لابسه صار قدر اللبس الذی يوجد عند النزع مستثنى ليحصل مقصود الحالف **قوله** بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه فی الحال لان ايجاب التدبير فی الحال الا انه لايجب المال لقيام الرق * فان قيل ما فائدة القبول والتدبير غير محتاج الى القبول والمال غير واجب * قلنا التدبير لايحتاج الى القبول اذا لم يعلقه بالقبول وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت فانت طالق غدا فان المشية تشترط للحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت فانه لاتشترط المشية فی الغد لانه اضاف الطلاق الى الغد ثم جعل المضاف الى الغد معلقا بمشيتها فكان لها المشية فی الغد ضرورة وهنا علق الطلاق بمشيتها اولا ثم جعل المعلق بمشيتها مضافا الى الغد فلابد من المشية لتصح الاضافة الى الغد **قوله** قالوا لايعتق عليه فی مسئلة الكتاب مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح وانما لم يعتق هٰهنا بدون اعتاق الوارث لان العتق تأخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تأخر عن الموت لايثبت الاباثبات واحد من الوارث والوصی والقاضی لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لايعتق الابالقبول لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفی مثل هذا لايعتق الاباعتاق من هؤلاء كما لو قال انت حر بعد موتی بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق احد **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين بان قال انت حر على ان يخدمنی اربع سنين فقبل فهو حر **قوله** فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهی ان من باع نفس العبد منه بجارية * * * * * * * * * * * * عينها

ثم

ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة * ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر اعتق امتك على على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الآمر) لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم على ففعل لايلزمه شئ ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم على ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لايجوز وقد قررناه من قبل (ولو قال اعتق امتك عنى على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واما اذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه مالم يسلم حصته وهو البضع * * * * فلو

بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت فى يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده * له انه معاوضة المال بما ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذلايملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لابقيمة البضع اى مهر المثل * ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى وكذا المنافع بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض او استحقت فان البائع يرجع بقيمة ابيه لابقيمة الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار وقبض العبد ومات عنده ثم انهدمت الدار واستحقت فانه يرجع بقيمة العبد **قوله** ثم استحقت الجارية او هلكت قبل التسليم الى المولى فى يد العبد **قوله** وكذا بموت المولى اى ان مات المولى فللورثة ان يأخذوه بما بقى من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد رحمه الله بما بقى من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا ههنا يأخذونه بما بقى من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة ان يأخذوه بما بقى من الالف ولكن فى ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون فى الخدمة وانما كان الشرط ان يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد الا ان هذا التعليل ليس بقوى فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لايورث فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته او قيمة الخدمة على ما اختلفوا **قوله** وقد قررناه من قبل اى فى الخلع فى مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة **قوله** ولو قال اعتق امتك عنى على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه وقع العتق عن الآمر وقسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر * فان قيل وجب ان لا تعتق الامة عن الآمر لان البيع فيها فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف اولانه ادخل النكاح فى البيع وادخال الصفقة فى الصفقة مفسد للبيع والبيع الفاسد لايفيد الملك قبل القبض ولا عتق عنه فيما لاملك له فيه الاترى انه لو قال اعتقها عنى فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لانه استيهاب والهبة لايفيد الملك بدون القبض وان كان العتق عن الآمر ينبغى ان يجب عليه قيمة الامة لانه موجب البيع الفاسد قيل ان البيع ههنا فى ضمن الاعتاق عنه فاخذ حكمه لما عرف ان المقتضى تبع للمقتضى والبيع انما يفسد بالشروط الفاسدة اذا وقع قصدا الا ان هذا يشكل بما لو قال اعتق عبدك عنى بالف درهم ورطل من خمر فانه قال فى الكتاب هذا بيع فاسد * وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله * * * * * * * * * ان

فلو زوجت نفسها منه لم يذكره * وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهى للمولى فى الوجه الثانى وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

باب التدبير

(اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر اوانت حر عن دبر منى او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه اثبات العتق عن دبر (ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك * ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لايباع ولايوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان مابعد الموت حال بطلان اهلية المتصرف فلايمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمانع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة وابطال السبب لايجوز وفى البيع وما يضاهيه ذلك *

ان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض والقبض الادنى يكفى للبيع الفاسد ولايكفى للهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكفى لوقوع الملك فى البيع الفاسد دون الهبة على ان الفاسد ممنوع فان منافع البضع متقومة عند ايراد العقد عليها وقران ماهو متقوم فى نفسه غير مفسد للبيع كما اذ جمع بين عبد ومدبر فى البيع * وذكر فخر الاسلام والامام الكشانى رحمهما الله لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج فى الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاعتاق **قوله** فلوزوجت نفسها منه لم يذكره اى فى الجامع الصغير **قوله** فى الوجه الاول اى فيما اذا لم يقل عنى **قوله** وهى للمولى فى الوجه الثانى اى فيما اذا قال عنى والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب التدبير

قوله اذا قال المولى لمملوكه اذامت فانت حر وكذا اذا قال انت مدبر بعد موتى او انت حر مع موتى وكذا اذا قال اوصيتك برقبتك اوعتقك اوبنفسك وكذا اذا قال انت حر يوم موتى لان اليوم اذا قرن بفعل لايمتد حمل على مطلق الوقت ولو نوى به النهار دون الليل لايكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا **قوله** من ذلك اى من البيع والهبة **قوله** وهو حر من الثلث من تتمة الحديث **قوله** ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت * ولا يقال انه موجود حكما حينئذ وان كان معدوما حقيقة لان الشئ انما يعتبر وجوده حكما اذا امكن وجوده حقيقة ولا امكان لوجوده منه بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت ولايمكن تقديره حيا بعد الموت لان هذا الحكم لايثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومتى حكم الشرع بموته استحال ان يحكم بحيوته لافضائه الى التناقض فلايمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية ولايلزم اذا جن بعد التعليق بدخول الدار ووجد الدخول فانه يعتق العبد وان لم يكن هو اهلا لان الجنون لاينافى اهلية العتق من كل وجه ولهذا يعتق عليه قريبه بالارث ولان المحل باق على ملكه ثمه ولا كذلك ههنا **قوله** ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال اى الايصاء سبب خلافة كالوراثة *

قال

(قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها) لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لمارويناه ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فتجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) * وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم (وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا او سفرى هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد فى الحال لتردد فى تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة (فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير فى آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة اوعشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لايعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاستيلاد

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه السلام * اعتقها

اى كسبب الوراثة لانه اثبات الخلافة فى ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر للحال سببا لاثبات الخلافة كالقرابة الا ان الوصية بالمال تبرع بالمال والوصية بالعتق تبرع بالعتق والتبرع بالمال لايقع لازما فسببه ايضا لايكون لازما فلم يمتنع ابطاله بالبيع ونحوه واما العتق فلا يثبت الا لازما فالسبب الذى يوجبه لاينعقد الا لازما فيمنع جواز البيع لان سبب العتق اذا وجد يلزم ولا يجوز ابطاله لان سبب العتق يثبت حق العتق والحق ملحق بالحقيقة فكما لا يجوز ابطالها لانها حقه لا يجوز ابطاله لانه حقه كالاستيلاد وفى البيع وما يضاهيه من الهبة والامهار ابطال السبب قــــوله وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم روى انه خوصم الى عثمان رضى الله تعالى عنه فى اولاد المدبرة فقال ما ولدته قبل التدبير فهوعبد وما ولدته بعد التدبير فهو مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد فيصير اجماعا قــــوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان السبب لم ينعقد
قــــوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لا محالة
* وقال ابو يوسف هو تدبير مقيد * فان قيل اذا قال اذا جاء غد فانت حر لا يكون سببا فى الحال ولا يمتنع بيعه مع ان مجئ الغد كائن لا محالة كالموت * قلنا لا نسلم انه كائن لامحالة فانه من الجائز ان تقوم القيمة قبل مجئ الغد او يقول ان الكلام فى الاعم الاغلب فان الاعم فى سائر التعليقات ان لا يكون كائنا لامحالة لتحقيق معنى الشرطية فلا يرد الافراد مثل الغد علينا نقضا او نقول فى التدبير معنى الخلافة وليس فى التعليق بالغد ذلك والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * *

باب الاستيلاد

قــــوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه قال جمهور الفقهاء وقال بشر المريسى وداود الاصفهانى ومن تابعه من اصحاب الظواهر يجوز بيعها ولايعتق بموت المولى وهو قول على رضى الله عنه *وحكى عن ابى سعيد البردعى استاذ الكرخى رحمه الله انه خرج حاجا * * * * * * * * من بردعة

اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسط الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ماعرف فى حرمة المصاهرة الاان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لاحقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت فى حقهم لا فى حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذى ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجلا يثبت حق الحرية فى الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله (قال وله وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة (ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به) * وقال الشافعى رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لماثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء اولى * ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد * * * *

من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلوة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حنفى عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يرتفع الابيقين مثله فتحير الحنفى لانه لايقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال ابو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان فى بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود فانقطع فلما رأى وهنه ووهن اصحابه فى الفقه ترك الخروج الى مكة وجلس للتدريس فاجتمع اصحاب داود عند ابى سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزبد فيذهب جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث فى الارض فما لبث ان قرع انسان بابه واخبره بموت داود فاستقر امره بعد ذلك **قوله** اعتقها ولدها قاله عليه السلام لمارية القبطية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه صار بيانا لان المراد بقوله اعتقها اى اثبت فيها حق الحرية **قوله** ولان الجزئية قد حصلت الى آخره وهذا لان المائين قد اختلط بحيث لا يمكن الميز بينهما * واليه اشار عمر رضى الله عنه فى قوله وقد اختلط لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاد لو كان بالزنا لايصير ام ولد له متى ملكها وانما اراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط ان يكون الولد منسوبا اليهما بدليل ان المولى لو اعتق ما فى بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر ليثبت هنا وحيث لم يثبت دل على انه غير مبنى على هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية الا ان هذا الاتحاد حكمى غير حقيقى فيوجب حق الحرية لا حقيقتها وبعد الانفصال ايضا تبقى الجزئية حكما لاحقيقة فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت **قوله** وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال اى بقاء الجزئية حكما انما يكون بحكم جزئية مؤكدة بثبات النسب والاصل فى ثبات النسب هو الاب * فان الولد ينسب الى ابيه والام تنسب اليه بواسطة الولد فلهذا تثبت الجزئية فى حقهم لا فى حقهن حتى لو تزوج عبد حرة ثم ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موتها حتى لايعتق بموتها **قوله** لان الاستيلاد لا يتجزى يريد به انه اذا امكن تكميله بان يتملك نصيب صاحبه بالضمان * * * * اما

لوجود

لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد تعين مقصودا فيه فلا حاجة الى الدعوة (فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعد النكاح (الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذى ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعى لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها اولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روى عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وفيه روايتان اخريان عن ابى يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما فى كفاية المنتهى (وان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم امه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير الاترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق (والنسب يثبت من الزوج) لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب ان النبى صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد * * * وان لا يبعن

اما اذا لم يمكن تكميله بان استولد مدبرة مشتركة بينه وبين غيره يقتصر على نصيبه عند ابى حنيفة رحمه الله **قوله** لوجود المانع وهو ذهاب التقوم عند ابى حنيفة رحمه الله ونقصان القيمة عندهما **قوله** الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله اى من غير لعان * وفى المبسوط وانما يملك نفيه ما لم يقض القاضى به او لم يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضى فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار فى هذه المدة من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم فى مدة التطاول وقد سبق فى اللعان **قوله** فان كان وطئها وحصنها المراد من التحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه **قوله** لان هذا الظاهر وهو ان يكون الولد من المولى باعتبار ان الظاهر عدم الزنا يقابله ظاهر آخر اى يعارضه ظاهر آخر وهو ان يكون الولد من الزنا لوجود احد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين * وهذا مروى عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابى يوسف وعن محمد رحمهما الله تعالى اى عن كل واحد رواية ويدل عليه اعادة كلمة عن * روى عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن لها وحملا لامرها على الصلاح * وعن محمد رحمه الله انه قال لا ينبغى له ان يدعى النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغى له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين **قوله** وان كان النكاح فاسدا * وفى الايضاح اراد بالفاسد هنا ما اذا اتصل به الدخول وهو حينئذ فى اثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح وكان الفراش فيه ما هو الثابت فى النكاح الصحيح فكان اقوى من فراش ام الولد **قوله** ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح اوشبهته بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه * * * * * * * * * عن

وان لايبعن فى دين ولايجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولاسعاية عليها فى دين المولى للغرماء) لماروينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لاتضمن بالغصب عند ابى حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا اسلمت ام ولد النصرانى فعليها ان تسعى فى قيمتها) وهى بمنزلة المكاتب لاتعتق حتى تؤدى السعاية * وقال زفر رحمه الله تعتق فى الحال والسعاية دين عليها * وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها * له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجبة وذلك بالبيع اوالاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق * ولنا ان النظر من الجانبين فى جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمى الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهى مفلسة تتوانى فى الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك ومايعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا يكفى لوجوب الضمان كما فى القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلاسعاية لانها ام ولد له ولو عجزت فى حيوته لاترد قنة لانها لوردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له) * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا تصير ام ولد له ولواستولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا * وله فيه قولان وهو ولد المغرور * له انها علقت برقيق فلاتكون ام ولد كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام فى تلك الحالة والجزء لايخالف الكل * * * * * * * ولنا

عن النسب فبقى معتبرا فى حق الام لانها محتاجة الى حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر بالاستيلاد بالزنا لانه احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا **قوله** وان لايبعن وفى بعض النسخ وان لايسعين **قوله** فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بعنى اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما * وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لايقدر الغرماء على منع ولى القصاص من استيفاء القصاص * وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو **قوله** ومالية ام الولد * جواب عما يلزم على ابى حنيفة رحمه الله ان مالية ام الولد غير متقومة عنده * فاجاب بوجهين احدهما ان مالية ام الولد متقومة فى اعتقاد الذمى فيترك وما يعتقده كما فى مالية الخمر والثانى ان مالية ام الولد وان لم تكن متقومة ولكن ملكه فيها محترم وقد احتبس عندها بمعنى من جهتها وهذا يكفى لوجوب الضمان كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله * فان قيل لوكان احترامها كافيا لوجوب الضمان ينبغى ان يجب الضمان بغصب ام الولد لما انها حرام التعرض بالغصب ومع ذلك لايجب الضمان به عند ابى حنيفة رحمه الله * قلنا انما لم يجب الضمان به على قوله لان مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لان الغصب من الاعتداء ولا مساواة بين ما ضمن به من المال وبين مالية ام الولد لانها غير متقومة فلما لم تثبت المساواة لم يجب الضمان لهذا المعنى * قوله لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت * * * * * * * * * * قوله

* ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزانى وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغيرواسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة (واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولاقيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد (وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب (ولوكان الاب ميتا يثبت من الجدكما يثبت نسبه من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين الشريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة انه لايتجزى لما ان سببه لايتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لاينعلق من مائين (وصارت ام ولد له) لان الاستيلاد لايتجزى عندهما وعند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك (ويضمن نصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولايغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم ينعلق شئ منه على ملك الشريك * * * * * * * * * * * * وان ادعياه

قـــوله ولنا ان السبب هو الجزئية اى الجزئية مع النسبة الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال فيصير هى منسوبة اليه باعتبار هذه الواسطة فصار نفسها كنفسه لما صار بعضها كبعضه ثم لو ملكه نفسه يعتق عليه من كل وجه فاما اذا ملك نفسه من وجه عتق عليه من وجه هذا متقرر متى ثبت نسب الولد بنكاح اوملك فاما اذا استولدها بالزنا واقر بذلك ثم ملكها يصير ام ولده قياسا وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لانه ولده حقيقة حتى لوملكه يعتق عليه فكذا امها تكون ام ولده * وفى الاستحسان لاتصير ام ولد له لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لايثبت ولاتصير هى منسوبة اليه بدون هذه الواسطة وانما عتق عليه الولد لو ملكه لانه جزؤه حقيقة وكما لا يستديم للانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزئه **قـــوله** نظيره من اشترى اخاه من الزنا اى اخاه لاب لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الولد وهى غير ثابتة فاما اذا اشترى اخاه لام من الزنا يعتق عليه **قـــوله** واذا وطئ جارية ابنه يريد بها القنة لانها محل التملك حتى لو كانت مدبرة او ام ولد الابن بحيث لاينتقل الى الاب بالقيمة فدعوته باطلة ثم دعوة الاب انما تصح بشرط ان الجارية فى ملك الابن وقت العلوق ووقت الدعوة وان لايخرج من ملك الابن فيما بين ذلك حتى يمكن استناد الملك الى ماقبل الاستيلاد * **قـــوله** ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد هذا اذا جاءت به بعد موت الاب لستة اشهر فصاعدا واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر لايثبت من الجد **قـــوله** لاينعلق من مائين اى من ماء رجلين **قـــوله** بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنا يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه * فان قيل التملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد فيثبت سابقا عليه فيبقى ما وجد من فعل الوطئ سابقا على العلوق * * * * * * * * * * * فى

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على ملكهما * وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه * وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رضي الله عنه * ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه * وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين * وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك * ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن تتعلق به احكام متجزية * فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية * وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كما لو كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (قال وكانت الامة ام ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه اقر له بميراث كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث اب واحد) لاستوائهما في السبب * * * * كما

في غير الملك فينبغي ان يجب العقر * قلنا الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطئ في الملك **قوله** معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة هي جمع القائف وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون اولاد الناس بالشبه * تمسك الشافعي رحمه الله بما قالت عائشة رضي الله عنها دخلت على رسول الله عليه السلام واسارير وجهه تبرق من السرور * وقال اما ترين ياعائشة ان مجزز المدلجي مر باسامة وزيد * وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله عليه السلام بقول القائف دليل على ان قوله حجة في النسب * وقلنا ان قول القائف رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى بعلمه في **قوله تعالى** ويعلم ما في الارحام ولا برهان له في قوله مع انه كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الاباء ومجرد الشبه غير معتبر الا ترى ان الله تعالى حكم باللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف واعتبار الشبه وانما سر به عليه السلام لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدونه ان عند القائف علما بذلك فكان قول القائف ردا لطعن الكفار لا لان قول القائف حجة في النسب شرعا كذا في المبسوط **قوله** وهو للباقي منهما حتى اذا مات هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا الاب الباقي ولا يجعل النصف لهذا الاب والنصف لورثة الاب الميت **قوله** ولكن تتعلق به احكام متجزية كالنفقة والارث وولاية التصرف في ماله والحضانة وما لا يقبل التجزية كالنسب وولاية الانكاح **قوله** وعلى كل واحد منهما * * * نصف

كما اذا اقاما البينة (واذا وطیٔ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى عليه انه لايعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه* ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لايملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لايتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن (قال وعليه عقرها) لانه لايتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره (قال وقيمة ولدها) لانه فى معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية ام ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة كما فى ولد المغرور (وان كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت) لما بينا انه لابد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى اعلم بالصواب * كتاب الايما

نصف العقر قصاصا لما له على الآخر * فان قيل لا فائدة فى وجوب العقر لانه يصير قصاصا * قلنا فيه فائدة فربما برئ احدهما عن حقه فيبقى حق الاخر فتتوجه المطالبة **قوله** كما اذا اقاما البينة اى اذا اقاما البينة على شیٔ واحد يكون ذلك الشیٔ بينهما على السواء فكذا هذا واما اذا اقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا **قوله** وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اى لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوة المولى كما فى الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب كسب الاب اويقول للمولى فى المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد بل للاب فى مال الابن حق التملك وحق الملك اقوى من حق التمليك فلما ثبت للاب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلان يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولى على المكاتب اولى الا ترى ان المولى لو اعتق المكاتب يصح مع انه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فعلم ان الملك للمولى عليه ثابت **قوله** لصحة الاستيلاد لما نذكره وهو قوله حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه **قوله** وقيمة ولدها اى وعلى المولى قيمة ولد جارية مكاتبه يوم ولد **قوله** فلو ملكه يوما اى لو ملك المولى يوما ولد جارية المكاتب الذى ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه * وذكر فى المبسوط واذا ملك المولى الجارية اى فى صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له فى المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا انه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد والله تعالى اعلم بالصواب * * كتاب الايمان

كتاب الايمان

(قال الأيمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة * ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة * * * * * حتى

كتاب الايمان

اليمين فى اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ اذا ما راية رفعت لمجد تلقتها عرابة باليمين * وفى الشريعة عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمى هذا العقد بها لان العزيمة يتقوى بها * واما شرطها ففى الحالف كونه عاقلا بالغا وفى الحلف كونه خبرا محتملا للصدق والكذب عندنا * وعند الشافعى رحمه الله نفس الخبر * واما حكمها فالبر حال بقاء اليمين اذا وجب تحقق البر * وقيد به لان من الايمان ما لا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوات البر خلفا عنه * وهى نوعان يمين بالله تعالى اوصفته ويمين بغيره تعالى فالاولى مشروعة بالكتاب قال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فالصحابة رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحلفون * وذكر فى المبسوط ان اليمين على نوعين نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لايخصون ذلك بالله وفى الشرع هذا النوع من اليمين اى تعظيم المقسم به لايكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لايجوز هتك حرمة اسمه بحال * والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين وهو المنع او الايجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم * قال رضى الله تعالى عنه الايمان على ثلثة اوجه اليمين الغموس وفى بعض النسخ يمين الغموس على الاضافة فى المغرب هو خطأ لغة وسماعا * وفيه سميت غموسا لانها تغمس صاحبها فى الاسم ثم فى النار فالغموس هى الحلف على امر ماض وذكر المضى ليس على الشرط فانها تكون فى الحال ايضا نحو قوله والله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه وهى ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبى صلى الله عليه وسلم بيع الحرة بيعا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع * ثم لا تنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها فى الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار * وعند الشافعى رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة فمن اصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر * ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر فالخبر الذى لا يتصور فيه الصدق لايكون محلا لليمين والعقد لاينعقد بدون محله * وحجته قوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن

حتى

حتى تتأدى بالصوم وتشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولوكان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما فى الغموس ملازم فيمتنع الالحاق (والمنعقدة مايحلف على امر فى المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث فى ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا (ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو ان يقول والله لزيد وهو يظنه زيدا و انما هو عمرو * والاصل فيه قوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية * * * * * * * * * * * * * * الا

ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله تعالى اثبت المؤاخذة فى اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب * ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة فى قوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد * ومنه سميت النية عقدة فاوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للوصل * وقال فى آخر الآية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما يجب فى الغموس * والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الحلف * وحجتنا فيه قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله و ايمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد فى الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها * وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر فيها اليمين الفاجرة والمعني فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر او للايجاب وذلك لا يتحقق فى الماضى والخبر الذى ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة * وهذا لان المشروعات تنقسم ثلثة اقسام عبادة محضة وسببها مباح محض * وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض* وكفارات وهى تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لاتجب الاجزاء تشبه العقوبة ومن حيث انه يعنى بها ولايتأدى الابنية العبادة ويتأدى بماهو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة فينبغى ان يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على امر فى المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة * فاما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولى فلا يصلح سببا للكفارة * ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا لا يجب فى المعقودة على امر فى المستقبل الا بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قائم وهذا انما يتصور فى خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وحنثتم كما فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا اوعلى سفر فعدة من ايام اخر* والمراد بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد فى الاخرة قـــوله ولو كان فيها ذنب فهو متأخر اى لو كان فى المعقودة ذنب وهو الحنث بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين اذا وجد واما الذنب فى الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فمقارن فيمنعها عن الانعقاد فكانت اليمن فى الغموس غير منعقدة فلما كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة فى المنعقدة وجوبها فى الغموس ولانه قارنها ما يحلها ولو طرء عليها رفعها فاذا قارنها مع انعقادها كالردة والرضاع فى النكاح والمنعقدة ان يحلف على امر فى المستقبل ان يفعله او لايفعله وهى فى وجوب الحفظ اربعة انواع نوع منها ما يجب * * * * * * * * * * * * * * * *

الا انه علقه بالرجاء للاختلاف فى تفسيره (قال والقاصد فى اليمين والمكره والناسى سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعى رحمه الله يخالفنا فى ذلك وسنبين فى الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقى لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدور على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * باب

يجب اتمام البر فيها وهو ان ينعقد على فعل طاعة امر بها او امتناع من معصية وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة * ونوع منها لا يجوز حفظها وهو ان يحلف على ترك طاعة او فعل معصية لقوله عليه السلام من حلف ان لايطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصى الله فلا يعصه * ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذى هو خير وليكفر يمينه وادنى موجبات الامر الندب * ونوع يستوى فيه فعل البر والحنث فى الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر * **قوله تعالى** واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا ان المراد به حفظ البر ومتى حنث فى هذه اليمين فعليه الكفارة **قـــوله** الا انه علقه بالرجاء * جواب عما يقال نفى المؤاخذة باللغو منصوص عليه فى كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء * فاجاب بان صورة يمين اللغو مختلف فيما بين العلماء وانما علق بالرجاء نفى المؤاخذة باللغو فى الصورة التى ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعا فجاز تعليقها بالرجاء **قـــوله** للاختلاف فى تفسيره وما ذكر فى الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة ابن ابى اوفى * وعن ابن عباس رضى الله عنهما فى احد الروايتين * وروى عن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال هو قول الرجل فى كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه فان عنده اللغو مايجرى على اللسان من غير قصد فى الماضى كان اوفى المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه وروت عائشة رضى الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال فى تفسير اللغو لا والله وبلى والله * وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضى فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر فى الماضى خال عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوا واما الخبر فى المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد فى اليمين سواء والناسى فى اليمين ان يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره الاتأتينا فيقول بلى والله غير قاصد لليمين * وفى بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسى وهو ان يريد ان يسبح فجرى على لسانه اليمين **قـــوله** ولو كانت الحكمة رفع الذنب هذا جواب سؤال وهو ان يقال الكفارة شرعت لاجل ستر الذنب ولاذنب فى المجنون اذا اتى المحلوف عليه فينبغى ان لا تجب الكفارة عليه فقال الحكمة وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امرأة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * باب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

(قال واليمين بالله تعالى اوباسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا (قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبى والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال رضى الله تعالى عنه معناه ان يقول والنبى والقرآن اما لوقال انا برى منه يكون يمينا * ** * * * * * * * * * * * * * * * لان

باب ما يكون يمينا وما لايكون يمينا

قــــوله واليمين بالله تعالى اى بهذا الاسم اوباسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته فالاسم هنا عبارة عن لفظ دل على الذات مع صفة كالرحمن والرحيم والعالم والصفة عبارة عن المصادر التى تحصل عن وصف الله تعالى باسماء افاعيلها وجميع اسماء الله تعالى فى ذلك سواء تعارف الناس الحلف به اولم يتعارفوا هذا هو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح لان الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر والحلف بسائر اسمائه حلف بالله وما ثبت بالنص اوبدلالته لا يراعى فيه العرف * وقال بعض اصحابنا كل اسم لايسمى به غير الله كالرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يردبه يمينا لم يكن يمينا قــــوله من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه * وقال العراقيون من مشايخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلالة والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضاء ليس بيمين وقالوا صفة الذات ما لايجوز ان يوصف بضده وصفة الفعل ما يجوز ان يوصف بضده فانه يقال يرضى بالايمان ولا يرضى بالكفر * وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات * والحلف بالله مشروع دون غير الله * قالوا وهذا الطريق غير مرضى عندنا لانهم يقصدون بهذا الطريق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الله تعالى غير الذات والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل * والاصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر ان الايمان مبنية على العرف والعادة ولهذا قال محمد رحمة الله تعالى عليه و امانة الله انه يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادرى فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله تعالى عادة فجعلها يمينا * وقيل فى معناه انه يتعذر الاشارة الى شئ بعينه على الخصوص انه امانة والحلف به متعارف فعلمنا انهم يريدون به الصفة فكانه قال والله الامين * وحكى الطحاوى عن اصحابنا انه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات قــــوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم * فان قيل يقال انظروا الى قدرة الله والمراد المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين * قلنا هذا متعارف او على حذف المضاف اى الى اثر قدرة الله قــــوله ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا * فان قيل قد اقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى والضحى والليل اذا يغشى فكان ينبغى ان يكون القسم بغير الله مشروعا * قلنا فى القسم تعظيم المقسم به وقد نهى * * * * * * * * * * * * * * * العبد

لان التبرى منهما كفر (قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود فى الايمان ومذكور فى القرآن (وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا * ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض * وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله فى المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اى آمنتم به (قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف) وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن ابى يوسف رحمه الله تعالى * وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف * ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد (ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا فى الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه * ولهذا قيل لا يحتاج الى النية * وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله (ولو قال بالفارسية) سوكند ميخورم بخداى (يكون يمينا) لانه للحال * ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا * ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف *

العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب عليه الانتهاء واما الله تعالى فله ان يثبت الحرمة لماشاء اى وقت شاء وليس للعبد ذلك * وفى النهاية وما اعتاد الناس من الحلف بالفارسية بجان وسر توان اعتقد انه حلف واعتقد ان البر به واجب يكفر كذا فى محاسن الشرائع * وذكر فى تتمة الفتاوى قال على الرازى رحمه الله اخاف على من قال بحيوتى وحيوتك وما اشبه ذلك انه يكفر ولو لا ان العامة يقولون ولايعلمون لقلت انه شرك لانه لا يمين الا بالله * وانما جعل الله اليمين بالله لبرعوى الرجل اى ليمتنع اذا ذكر الله فلايحلف هو واذا حلف بغير الله تعالى فكانه اشرك معه * وقال ابن مسعود رضى الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الى من ان احلف بغير الله صادقا قــــوله لان التبرى منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين كما اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودى قــــوله وعنه رواية اخرى اى عن ابى يوسف رحمه الله رواية اخرى انه يكون يمينا قــــوله لان الحق من صفات الله تعالى اى من اسمائه الدالة على صفة الحقية فتكون الاضافة للبيان كما تضاف الصفة الى الموصوف فى قولهم جرد قطيفة وخابية خبز فكانه قال والله الحق قــــوله ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اى الحق اذا اضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلوة والسلام ما حق الله على عباده فقال ان لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلوة ويؤتوا الزكوة والحلف بالطاعات لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال والحق لانه من اسماء الله تعالى قــــوله ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد اى يكون لتاكيد مضمون الجملة ومعناه افعل هذا لا محالة كما فى قولهم هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا قــــوله ولو قال اقسم اواقسم بالله اواحلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف اى اذا ذكر المقسم عليه كما اذا قال اقسم لا فعلن كذا او لا افعل كذا لان الحلف بالله هو المشروع فصرف اليه * ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لابد منها لاحتمال العدة قــــوله واليمين بالكسر عطفا على العدة اى لانه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالى * * * * * * * * * * * * *

قوله

قال

(قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين * وقيل معناه والله وايم صلة كالو اوو الحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد (وكذا اذا قال على نذر اونذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نذر نذرا فلم يسم فعليه كفارة يمين (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودى او نصرانى او كافر يكون يمينا) لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول فى تحريم الحلال * ولو قال ذلك لشىء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل * وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودى * والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث اقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلى غضب الله او سخط الله فليس بحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا) لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن فى معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف * * * * * * * * * * فصل

قوله وكذا قوله لعمر الله * العمر بالضم والفتح البقاء الا ان الفتح غلب فى القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقى وهو معطوف على قوله ولو قال اقسم وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين فتخففت الهمزة وحذف النون للقسم * وهذا مذهب نحوى الكوفة *وقيل معناه والله وايم صلة وهو قول البصريين * وذهب سيبويه الى انها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت فى ابن واشباهه فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين اذ الحالف بالله عاهد الله ان يفعل ذلك الشىء اولايفعله يدل عليه قوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة * ولهذا يسمى المعاهد ذميا وكذا اذا قال على نذر اونذر الله *وفى النهاية اعلم ان ههنا اربع مسائل * الاولى ان ينذر نذرا مطلقا بان يقول لله على نذر اونذر الله فحسب فعليه كفارة يمين * وهذا الالتزام لكفارة اليمين ابتداء بهذه العبارة قال عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة اليمين * والثانية ان يقول لله تعالى على صوم يوم الجمعة اوقال على نذر صوم يوم الجمعة فعليه الوفاء به *والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بماسمى * والرابعة ان يقول على نذر ان لا افعل كذا او على نذر الله ان لاافعل كذا فهذا ينعقد يمينا وموجبه موجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكردرى رحمة الله تعالى عليه قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودى او نصرانى او كافر يكون يمينا * وعند الشافعى رحمه الله لايكون يمينا لانه علق الفعل بما هو معصية فصار كما لو قال ان فعلت كذا فانا زان ونحوه * ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه انه قال من حلف بالتهود والتنصر فهو يمين ولانه لما جعل ذلك الفعل علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان الكفر واجب الامتناع فكذا ما هو علم له وقد امكن القول بوجوب الامتناع لغيره بجعله يمينا كما فى تحريم الحلال اما التشبه بتحريم الحلال فانه لما علق الكفر بالدخول مثلا فقد حرم الدخول من حيث جعله علما على الكفر لانه جعل الدخول شرطا للكفر وشرط الكفر حرام حقا لله خالصا لا يحل بحال فصار بمعنى تحريم اليمين كناية عنه كتحريم الحلال فكان قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمته واحدا و لان اعلام الكفر حرام كشد الزنار ولبس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علما فصار حراما وما كان قصده الى جعله علما فان لم يجعل * * * * * * * * كتحريمه

فصـــل فى الكفارة

(قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى فى الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما تجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالطعام فى كفارة الظهار) * والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة (قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات) * وقال الشافعى رحمه الله يخير لاطلاق النص * ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهى كالخبر المشهور ثم المذكور فى الكتاب فى بيان ادنى الكسوة يروى عن محمد رحمه الله وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا فى العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة (وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعى رحمه الله يجزيه بالمال * * * * * * * * * لانه

كتحريمه بلفظه وان كان لا يحرم ثم التحريم يمين فكذلك جعله علما على الكفر بخلاف قوله انا زان ونحوه لان حرمة الكفر لا يحتمل السقوط والنسخ كحرمة هتك الاسم وحرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظير هتك حرمة الاسم فلم يكن يمينا وهذا اذا كان فى المستقبل فاما اذا كان فى الماضى بشىء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر فى المروى عن ابى يوسف رحمه الله اعتبارا للماضى بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه * وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشىء كائن تنجيز فكانه قال هو كافر * والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به فى الماضى والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر يكفر به فى الماضى والمستقبل لانه اذا قدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر والله تعالى اعلم بالصواب * * *

فصـــل فى الكفارة

قـــوله قال كفارة اليمين عتق رقبة اى اعتاق رقبة قـــوله وادناه ما تجوز فيه الصلوة وهو كالسراويل وهو مروى عن محمد رحمه الله * وفى رواية اخرى عنه انه قال ان اعطى الرجل يجوز وان اعطى المرأة لا يجوز لانه اذا اعطى الرجل سراويل فقد اعطاه ما يستر به عورته واذا اعطاه المرأة لم يعطها ما يستر به عورتها كذا فى الذخيرة لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام فانه لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزيه عن الكسوة لان الاكساء به لا يحصل ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة وكذا لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام باعتبار القيمة نوى او لم ينو * وروى عن ابى يوسف رحمه الله اذا لم ينو لا يجزيه عن الطعام * وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وان نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بدلا كما لو ادى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة البيع وما يكون اصلا لا يكون تبعا فى ذلك الباب وقلنا التمر لا يصلح بدلا عن الحنطة لكونه اصلا ولكونهما شيئا واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع ويصلح بدلا من حيث انهما جنسان فكان المانع شيئين فترجح المانع وفى الكسوة مع الطعام يرجح الموجب للجواز لاختلاف الجنسين واختلافهما فى المقصود اذ المطلوب من الكسوة فى الكفارة رد العرى والمطلوب من الطعام رد الجوع * وقوله ما صار اصلا فى باب لا يجعل تبعا فيه قلنا لم يجعل الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا فيما صار اصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام قـــوله فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات * وقال الشافعى رحمه الله * * * يخير

لانه

لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح * ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولاجناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض (ثم لايسترد من المسكين) لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لايصلى اولا يكلم اباه) * * * * * * اوليقتلن

يخير لاطلاق النص ولا يلزم ان المطلق يحمل على المقيد عنده وان وردا فى حادثتين كما فى رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا اما اذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض وههنا كذلك لان صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق * ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلثة ايام متتابعات وانما يقرأ سماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة عن النبى عليه السلام فصحت الزيادة والتقييد بها كما فى صدقة الفطر وانما لم يحمل المطلق وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد على المقيد وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانهما وردا هنا فى الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين فى وجوده فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة وثمه وردا فى السبب ولامنافاة بين السببين فالمقيد فى احد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق فى الآخر وانما لم يجز صوم المتعة قبل ايام النحر لانه لم يشرع لالان التفريق واجب وهذا بخلاف قضاء رمضان لان قراءة ابى لم يشتهر والزيادة بخبر الواحد لايجوز * ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة التكفير عندنا وعند الشافعى رحمه الله عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر ثم جاز الصوم وبعكسه لاعندنا * وعند الشافعى رحمه الله على القلب وقاسها على الحد اذ المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق * ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير بالمال كالتيمم خلف عن الوضوء الا نرى انه قال هنا فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وقال ثمه فلم تجدوا ماء فتيمموا * ثم المعتبر ثمه وقت الاداء لاوقت الوجوب كذا هنا وحد العبيد ليس ببدل عن حد الاحرار قـــوله لانه اداها بعد السبب وهذا لان سبب وجوب الكفارة اليمين لانها تضاف الى اليمين فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها ولايلزم تعجيل البدنى لان الواجب حاصل بالسبب على اصله ووجوب الاداء متراخ عنه الى الشرط والمالى يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدنى لايحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه لان الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتأخر تفرد السبب * ولنا ان الكفارة لستر الجناية * وقبل الحنث لا جناية فلا تصح الكفارة لاستحالة الستر عن الجناية قبل الجناية وهذا لان عقد اليمين ليس بذنب اجماعا فانه امر مشروع لانه فى عقد اليمين معظم اسم الله تعالى والمشروع لايوصف بالذنب وانما الذنب فى هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فانى يكون موجبة لما يجب بعد الحنث بخلاف الجرح لانه طريق مفض الى زهوق الروح واضافة الكفارة الى اليمين لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرام بهذا الطريق لا ان يكونـا سببين لوجوب الكفارة لكونهما مانعين عما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور * فان قيل تعليلكم مردود لانه مخالف للنص والخبر * وهذا لانه تعالى قال ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فتقتضى جواز التكفير بعد اليمين متصلا بها وقال كذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم رتبها على الحلف لا على الحنث وقال عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت بالذى هو خير وهذا نص فى الباب * قلنا الحنث مضمر فى النص بدلالة ما قلنا كالفطر فى قوله تعالى فمن كان * * * * * * * * * * * * منكم

او ليقتلن فلانا ينبغى ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذى هوخير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية فى ضده (واذا حلف الكافر ثم حنث فى حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه) لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لايكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين) وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين * ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه * ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوى غير ذلك) والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه * وهذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب * وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى * * * * * * * وكذا

منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخروالرواية المشهورة فليأت بالذى هوخيرثم ليكفرعن يمينه فيجب حمل الاول على الثانى بطريق التقديم والتأخيرلان ثم يجئ بمعنى الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهيد * وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير يجب بعد الحنث لا قبله ولان قوله فليكفر امر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الابعد الحنث لان قبله يجوزبالمال عنده دون الصوم قـــوله او ليقتلن فلانا يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور الحنث من الحالف

قـــوله فى ضده اى فى ضد ما قلنا من الحنث وقوله عليه السلام من حلف على يمين اى على محلوف عليه وهو الفعل او تركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فذكر ههنا الكل واراد البعض اواراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل قـــوله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان قال حرمت على ثوبى هذا او طعامى هذا لم يصر محرما عليه اى بعينه قـــوله وعليه ان استباحه اى اقدم عليه بان لبس ذلك الثوب او اكل ذلك الطعام كفارة يمين * وقال الشافعى رحمه الله لا كفارة عليه الا فى النساء والجوارى لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل الحرام ولان تحريم الحلال ليس الى العبد لان المحرم والمحلل هوالله تعالى فيلغو * ولنا قوله تعالى يا ايها النبى لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم * ثم قيل ان النبى عليه السلام حرم العسل نفسه وقيل حرم مارية والتمسك على الاول ظاهر وكذا على الثانى لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم المضاف الى الجوارى لما ثبت يمينا بهذه الآيات فكذا التحريم المضاف الى سائر المباحات دلالة ولان حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص * * * * * * * * * * * على

كذا

* وكذا ينبغى فى قوله حلال بروى حرام للعرف* واختلفوا فى قوله هرچه بردست راست كيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف (ومن نذر نذرا) مطلقا فعليه الوفاء لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده * وعن ابيحنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة او صوم سنة او صدقة مال املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين و هو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لايريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع و هو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اى الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه و هو المنع و هذا التفصيل هو الصحيح (قال و من حلف على يمين و قال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر فى يمينه الا انه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين والله تعالى اعلم بالصواب * * * باب اليمين

على السبب مجازا وهذا لان لفظه يقتضى ثبوت الحرمة ولم يمكن اثبات الحرمة لعينه لانه ليس اليه تحريم عينه لما ذكر فتثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين اذا حلف ان لايدخل هذه الدار حرم الدخول من حيث انه حنث وان كان الدخول مباحا فى نفسه فاذا قال حلال الله على حرام لم يمكن اثبات الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليه من التحريم كيلا يلغو كلامه **قـــوله** وكذا ينبغى فى قوله حلال بروى حرام للعرف * وفى فتاوى الشيخ الامام نجم الدين النسفى رحمة الله تعالى عليه حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية بالعرف وكذا فى قوله هر چه بدست راست كيرم برمن حرام ولو قال بدست چپ كيرم لا يكون طلاقا لعدم العرف ولو قال بدست كيرم كان طلاقا كذا فى التتمة **قـــوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى منجزا غير معلق بان قال لله على صوم شهر **قـــوله** ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لما روى عن العبادلة الثلثة رضى الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين و قال ان شاء الله فقد استثنى و من استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة * و قوله فى الكتاب فقد بر فى يمينه اى لم ينعقد يمينه **قـــوله** الا انه لابد من الاتصال لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع فى الايمان * وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة اشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اى اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا * وروى ان محمد ابن اسحق صاحب المغازى كان عند المنصور وكان عنده يقرء المغازى وابو حنيفة رحمه الله كان حاضرا فاراد ان يغرى الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال ابلغ من قدرك ان يخالف جدى فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك فى عهودك اذن فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحنثون فقال نعم ماقلت وغضب على محمد بن اسحق واخرجه من عنده * وفى تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة عن ان يكون ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثنى اذا ندم وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم يذكر ان شاء الله فى اول كلامك فاذكره فى آخر كلامك موصولا بكلامك والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * باب

باب اليمين فى الدخول والسكنى

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث) لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار) لما ذكرنا * والظلة تكون على السكة * وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة (وان دخل صفة حنث) لانه تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصارت كالشتوى والصيفى * وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم * وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح

(ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها * * * * * * * * * * * * غير

باب اليمين فى الدخول والسكنى

الاصل ان الالفاظ المستعملة فى الايمان مبنية على العرف عندنا * وعند الشافعى رحمه الله على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان يراد * وعند مالك رحمه الله على معانى كلم القرآن لانه على اصح اللغات وافصحها * ولنا ان غرض الحالف ماهو المتعارف فينعقد بغرضه الاترى ان من حلف لايستضىء بالسراج اولايجلس على البساط فاستضاء بالشمس اوجلس على الارض لايحنث وان سمى فى القرآن الشمس سراجا والارض بساطا **قــــوله** والظلة تكون على السكة * وفى المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التى فوق الباب * وعن صاحب الحصر هى التى احد طرفى جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل * وذكر فى الذخيرة ولو دخل ظلة باب ذكر فى الكتاب انه لايحنث واراد بالظلة الساباط التى تكون على باب الدار ولايكون فوقه بناء لانه لايطلق عليه اسم البيت لانه لايبات فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته **قــــوله** وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه هو الصحيح * وفى المبسوط من اصحابنا من يقول هذا الجواب اى الجواب بالحنث بناء على عرف اهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونها صيفا ومثلها فى ديارنا يسمى كاشانه واما الصفة ففى عرف ديارنا غير البيت ولايطلق عليه اسم البيت بل ينفى عنه فيقال هذه صفة وليس ببيت ولا يحنث * والاصح عندى ان مراده حقيقة ما يسميه الصفة * ووجهه ان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه وهذا موجود فى الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفات فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته **قــــوله** لان الدار اسم للعرصة اى بعد البناء بقى البناء او لم يبق فاما العرصة قبل البناء لايسمى دارا الاترى ان المفاوز والمزارع لايسمى دارا **قــــوله** وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال لبيد* عفت الديار محلها فمقامها* بمنى تابد غولها فرجامها* وقال النابغة *يادار مية بالعلياء والسند* اقوت وطال عليها سالف الابد * * * * * * * * * * قوله

غير ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر (ولو حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث) لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام (وان جعلت مسجدا اوحماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث) لانه لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لايعود اسم الدار (وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لانه لايبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث) لان الاسم لم يبق بعد الانهدام (ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لان السطح من الدار الاترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد * وقيل فى عرفنا لايحنث (قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث) ويجب ان يكون على التفصيل الذى تقدم (وان وقف فى طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث) لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار (ومن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء *وجه الاستحسان ان الدخول لادوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه فى الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ فى النقلة من ساعته) وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود الشرط وان قل * ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الاترى انه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لايقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولونوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه * * * * * * * * * * * * * ومن

قــــوله غير ان الوصف فى الحاضر لغولان الاشارة ابلغ فى التعريف فاغنت عن الوصف الذى وضع للتوضيح فاستوى وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باق بعد انتقاض الحيطان وفى المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة ولايلزم على هذا ما لو حلف ان لايأكل من هذا الرطب فانه لايحنث باكله بعد ماصار تمرالان الصفة فى اليمين انما يكون لغوا اذا لم تكن الصفة داعية الى اليمين كما لو حلف ان لايكلم صاحب هذا الطيلسان اولا يأكل لحم هذا الجمل والرطوبة تصلح داعية * وبعضهم شرطوا ايضا ان لاتذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المرأة راكبة هذه الدارفهى طالق لم تطلق اذادخلت ماشية لانهاذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارةوانه بمنزلة الوصف للعرصة فوجب ان يكون الوصف لغوا فيما اشار اليه لانه لا يكون مذكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفى المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لايكلم صاحب طيلسان اولايكلم صبيا تتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما * فان قيل قال محمد رحمه الله فى كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تلزم الموكل ولو كانت الصفة فى المنكر معتبرة وجب ان لايلزمه * قلنا الصفة انما اعتبرت فى المنكر من كل وجه والدار فى الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة*فان قيل لو حلف لايكلم رجلا لايتقيد بصفة ما فوجب ان لا تتقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات فى الرجل متزاحمة وجميع الصفات باسرها ممتنعة للتضاد وليس البعض اولى من البعض فلهذا افترقا والسقف فى البيت بمنزلة البناء فى الدار اعتبر فى المنكر دون المعرف قــــوله والقياس ان يحنث وهوقول الشافعى رحمه الله لان الدوام له حكم الابتداء حتى * لو نوى * *

(ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) لانه يعد ساكنها ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقى عامة نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولوكان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيماروى عن ابى يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا فى الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب * ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لابد من نقل كل المتاع * حتى

لو نوى بالدخول الدوام صحت نيته ولولم يكن له حكم الابتداء لما صحت نيته* ولنا ان الاصل ان مالا يمتد من الافعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء*والدليل عليه قوله تعالى ولا تقعد بعد الذكرى اى لا تمكث قاعدا وقال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفارق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة فكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن فى الدار يوما وركب يوما ولبس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالدخول والخروج اذ لا يصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما فى الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها وذا غير معتبر الدخول الاترى انه يقال للقاعد اقعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار قــــوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث وهذا اذا كان الحالف متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وخلف متاعه هناك لا يحنث * وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث اذا خرج بنفسه وخلف اهله ومتاعه فيها كذا فى الفوائد الظهيرية ومتى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحنث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهى فى منزل والدها ان لم تحضرى الليلة منزلى فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور تطلق فى الصحيح لان شرط الحنث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه اثر فى اعدام الفعل ثم شرط الحنث عدم الفعل وليس للاكراه اثر فى ابطال العدم * وفى الشافى ان لم يمكنه النقل عن ساعته بعذر الليل او بمنع ذى سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث خلافا لزفر رحمه الله لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحنث حتى يجد من ينقله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله قــــوله ولو كان اليمين على المصر الى قوله لانه لا يعد ساكنا فى الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاوله والفارق العرف فان من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله وثقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الكائن فى السوق يقول اسكن محلة كذا اودار كذا او بيت كذا اذا كان اهله وثقله ثمه * وعند الشافعى رحمه الله الدار كالمصر لانه يعتبر الحقيقة فى الايمان ولا تعتبر العادة بخلاف الحقيقة اذ المجاز لا يعارض الحقيقة قال فان خرجت من مكة و خلفت فيها * * * دفيترات

حتى

حتى لو بقى وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى ما بقى شئ منه * وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر * وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كد خدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس والله تعالى اعلم وينبغى ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر * دليله فى الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول فى حق الصلوة كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب * * * باب اليمين

دفيترات افاكون ساكنا بمكة وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه * ثم قال ابوحنيفة رضى الله عنه لابد من نقل كل المتاع لان السكنى قد تثبت بالكل فتبقى ما بقى شئ منه * وهذا لما عرف من اصله ان الحكم اذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وان قل كما فى العصير لا يتخمر ما بقى جزء من العصير وانما يصير خمرا اذا قذف بالزبد وكما قال الحكم فى الزكوة يبقى ببقاء جزء من النصاب وان قل اذا كان طرفى الحول تاما وكما قال فى دار الاسلام لايصير دار الحرب ما بقى مسلم واحد آمنا بالامان الاول * وقال بعض المشائخ انما يعتبر عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه نقل الكل مما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل ما لا يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير بر فى يمينه * فان قيل قد ينتفى الشئ بانتفاء البعض كما ينتفى بانتفاء الكل كمجموع العشرة الدينار مثلا ولم تنتف السكنى ههنا بانتفاء البعض* قلنا المجموع ينتفى بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفى بانتفاء البعض كالرجال لاينتفى بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفى الرجال اما العشرة عشرة باعتبار اجزائها كما نقص منها شئ لا تنتفى عشرة والسكنى من قبيل الافراد لانه بعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوقى عامة نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا فصح الاخبار بسكنى مع ان المخبر ليس هو فيها فى عامة او قاته

قـــوله وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر والفتوى على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه قالوا هذا الاختلاف فى نقل الا متعة فاما الاهل فلابد من نقلهم بلا خلاف كذا فى الفوائد الظهيرية **قـــوله** دليله فى الزيادات كوفى انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة يصلى ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له فى الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلى بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر كذا هنا وان كان فى طلب مسكن آخر فترك الا متعة فيها اياما لا يحنث فى الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل و صار مدة طلب المنزل مستثنى بحكم العرف اذا لم يفرط فى الطلب **قـــوله** كذا هذا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا لم يسلم الدار المستأجرة الى صاحبها بر وان كان هو والمتاع فى السكة او فى المسجد والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * باب اليمين

بابـــ اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

(قال ومن حلف لايخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث) لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لايحنث فى الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء (قال ولوحلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج (ولوحلف لايخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهوالشرط اذ الخروج هوالانتقال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا له ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (فان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر جزء من اجزاء حيوته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولوحلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره فى الجامع الصغيرة وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل * * * لان

بابـــ اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قــــوله ومن حلف لا يخرج من المسجد وكذا الحكم فى البيت والدار ولكن وضع المسئلة فى المسجد حملا ليمينه على العادة قــــوله ولواخرجه مكرها اى حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لاحقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم يأمره به ولوهدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه *وقيل ان امكنه الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث وان لم يمكنه لا قــــوله ولوحمله برضاه لابامره لا يحنث فى الصحيح * وقال بعضهم يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج * ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح انه لا تنحل اليمين حتى لوحلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختارا حنث فى الصحيح * وقيل ينحل فلا يحنث قــــوله والمضى بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الاتيان الى حاجة اخرى والاتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول قــــوله ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية قــــوله وقيل هو كالخروج وهو الاصح وقيل لا يحنث ما لم يدخلها كالاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا له قولا لينا وذا بمعنى الاتيان*ولنا ان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اى ليزيله عنكم فثبت ان الذهاب هوالزوال والانفصال لان الاذهاب افعال من الذهاب والاذهاب الازالة وكونه ازالة لا يفتقر الى وصول الزائل الى محل آخر فكذا الذهاب الذى هوالزوال لايشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيما اذا لم تكن له نية فان نوى الخروج والاتيان فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما وفى الاتيان لايشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه يحنث قصد اولم يقصد * * قــــوله

لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراه داخل فى الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لان هذه كلمة غاية فينتهى اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك (ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلس ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدى حر فتركه ثم ضربه) ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب فى المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل تصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر (ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولابد من الاذن فى كل خروج) * وهذه

قوله لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان التقدير لا يخرج امرأته خروجا الا خروجا ملصقا باذنى فيكون ما وراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت الحظر العام فيحنث اذا وجد الخروج لاعن اذن لوجود شرط الحنث كقوله ان خرجت من الدار الا بملحفة فانت طالق فخرجت بملحفة لم تطلق ولم يسقط الحظر حتى لو خرجت بلا ملحفة تطلق قوله ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه لان الاستثناء يحتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف ولوقال الا ان آذن لك ينتهى اليمين بالاذن مرة كما اذا قال حتى ان آذن لك وان نوى التعدد صدق لانه نوى الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ما قبلها * فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبى الا ان يؤذن لكم فهناك بالاذن مرة لا يسقط حرمة الدخول بل الاذن يحتاج اليه فى كل مرة مع انه مذكور بكلمة الا ان *قلنا حرمة الدخول فى بيت النبى عليه الصلوة والسلام ما يثبت بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول فى ملك الغير بغير اذنه الا ان هذا النص لاباحة الدخول بالاذن فبقى الدخول بغير الاذن على اصل الحرمة او نقول اشتراط الاذن هناك فى كل مرة انما علم بآخر الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى ومعنى الايذاء موجود فى كل ساعة فشرط الاذن فى كل مرة قوله ويطلق الاسم اى اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الاسباب وارتفاع الموانع فى المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحمل على المتعارف قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسرها رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم والمراد ما قلنا فان نوى القدرة الحقيقية التى يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند اهل السنة صدق ديانة لان ذا مما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا فما استطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى * وفى رواية يصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانة وقضاء وان كان يخالفها ففى تصديقه قضاء روايتان واذا نوى ما قلنا لم يحنث بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها بوجود الفعل فمتى لم يكن له استطاعة وانما سمى استطاعة القضاء لان ذلك الفعل يوجد بايجاد الله تعالى وقضائه فانه تعالى اذا قضى وجود ذلك الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك القدرة اى الاستطاعة استطاعة القضاء * * * قوله

وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله تعالى باظهاره * ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه (ولوقال له رجل اجلس فتغد عندى فقال ان تغديت فعبدى حر فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدءا

(ومن حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون اوغير مديون لم يحنث) عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وان نوى لانه لاملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية * وقال ابو يوسف رحمه الله فى الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة * وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لا عتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم بالصواب * * * * * * * * *

قـــوله وهذه تسمى يمين فوراى يمين الحال وهو فى الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التى لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اى من ساعته قـــوله وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا اوموقتة كلا يفعل كذا اليوم فخرج قسما ثالثا وهى المطلقة لفظا والموقتة معنى *وانما اخذ ها من حديث جابر بن عبد الله وابيه حين دعيا الى نصرة انسان فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفا فيتقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم * وذكر فى الفوائد الظهيرية يمين الفور مأخوذ من فوران القدر فسميت هى بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب قـــوله ومن حلف لايركب دابة فلان فى المبسوط ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب فى القياس كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة وحكما فان الدابة ما يدب على الارض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول مايركب من الدواب فى غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة فانما ذكر منة الركوب فى هذه الانواع الثلثة وان كان يركب الفيل والبعير فى بعض الاوقات فذلك لايدل على ان اليمين تناوله الاترى ان البقر والجاموس يركب ايضا فى بعض المواضع ثم لايفهم من قول القائل يركب فلان دابة البقر الاان ينوى جميع ذلك فيكون على مانوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحدها لم يدين فى الحكم لانه نوى التخصيص فى لفظه العام ولو قال لا اركب ونوى الخيل وحدها لم يدين لا فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان فى لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصح فى الملفوظ لا فيما لا لفظ له قـــوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى الاهنا بمعنى لكن لما قال لم يحنث مطلقا استدرك فبين الاحوال التى لايحنث فيها فعلم منه انه يحنث فى بعض الاحوال فقال اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى واذا كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه فعلم من هذا انه اذا لم يكن عليه دين او كان غير مستغرق يحنث اذا نوى اونقول الاهنا على معناه لانه لما قال لم يحنث مطلقا استثنى ما يحنث فيه فكانه قال اذا لم يكن عليه دين او كان غير مستغرق فحينئذ يحنث اذانوى قـــوله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها وهى ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نوى وقال محمد رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها نوى اولم ينو والله تعالى اعلم بالصواب * * * * باب



باب اليمين فى الاكل والشرب

(قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فتنصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ (وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا اوصار اللبن شيرازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبى اوهذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجر ان المسلم بمنع الكلام منهى عنه فلا يعتبر الداعى داعيا فى الشرع (ولوحلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث) لان صفة الصغر فى هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش (ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث فى الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا فى البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا * * * * * * * * فصار

باب اليمين فى الاكل والشرب

الاكل ايصال الشئ الى جوفه بفيه مهشوما او غير مهشوم ممضوغا اوغير ممضوغ مما يتأتى فيه المضغ والهشم * والشراب ايصال الشئ الى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه المضغ والهشم فى حال ايصاله * والذوق معرفة الشئ بفيه من غير ادخال عينه الا ترى ان الاكل والشرب مفطر لا الذوق * ولو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فجعل يمضغه ويرمى بثفله ويبتلع ماءه لم يحنث لا فى الاكل ولا فى الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى اكلا ولا شربا * ولوحلف ان لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنث وانما يحنث اذا ثرد فيه ولو حلف ان لا يشرب فثرد فيه فاكله لا يحنث * قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فاكل اوشرب كان حانثا وعليه الفتوى **قوله** لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل عليه **قوله تعالى** ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم عطف ما يعمل على الثمر والعطف دليل المغايرة **قوله** والدبس المطبوخ قيد بالمطبوخ لانه يحنث فى الدبس الذى يسيل من الرطب * وفى الذخيرة اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئا فاكل من ثمرها او طلعها او بسرها او دبسها حنث * ثم قال واراد بالدبس ما يسيل من الرطب اذا اتخذ من الدبس ناطفا اونبيذا لا يحنث فى يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من النخلة والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخل كذلك* ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئا فاكل من عنبه او زبيبه او عصيره حنث فى يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكرم اما العنب والزبيب فظاهر واما العصير فلانه ماء العنب * ولو اكل من خله لا يحنث لانه ليس بخارج منه بهذه الصفة الشيراز هو اللبن الرائب الخاثر اذا استخرج منه ماؤه حتى صار الصقر لاط كالفا لوذج الخاثر **قوله** بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبى ولو حلف لا يكلم صبيا يتقيد بالصبى وان كان حراما مهجورا شرعا لانه صار مقصودا بالحلف لكونه هو المعرف للمحلوف عليه فيجب تقييد اليمين به وان كان حراما كمن حلف ليشربن اليوم خمرا اوليسرقن الليلة يتقيد اليمين وان كان حراما لصيرورة الشرب والسرقة مقصودين باليمين فيحنث ان لم يشرب اولم يسرق كذا هنا * قوله

فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب مايكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لايشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لايحنث) لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشترى شعيرا اولايأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعيراواكلها يحنث فى الاكل دون الشراء لما قلنا (ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لايحنث) والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما فى القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه فى الماء (وان اكل لحم خنزير اولحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقى الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام (وكذا اذا اكل كبدا او كرشا) لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم * وقيل فى عرفنا لايحنث لانه لايعد لحما (ولو حلف لايأكل اولايشترى شحما لم يحنث الا فى شحم البطن عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يحنث فى شحم الظهر ايضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار * وله انه لحم حقيقة الا تراه انه ينشاء من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله فى اليمين على اكل اللحم ولايحنث ببيعه فى اليمين على بيع الشحم * وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لايقع على شحم الظهر بحال (ولوحلف لايشترى اولايأكل لحما اوشحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث) لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم (ومن حلف لايأكل هذه) * * * * * * * * * * * * * الحنطة

قـــوله فصار كما اذا كان اليمين على الشراء بان حلف لايشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا او لا يشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب اولايشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لم يحنث قـــوله فيكون آكله آكل البسر والرطب ولهذا الوميزه فاكله يحنث اجماعا فكذا اذا اكله مع غيره * فان قيل لو حلف لايشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب لايحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة * قلنا اللبن بانصباب الماء فيه يشيع فى جميع اجزاء الماء فيصير مستهلكا حتى لايرى مكانه وهنا يرى مكانه وكان قائما زمان التناول * فان قيل الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكا ولا يرى مكانه الاترى انه لو حلف لا يأكل حنطة فاكل شعيرا فيها حبات حنطة ان اكل حبة حبة حنث وان جمع بين الحبات من النوعين فى الاكل لايحنث لانها تصير مستهلكة عنده * قلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمه اوضح لانه حينئذ لايجد من طعم الحنطة شيئا فى حلقه بخلاف ما لو اكل بسرا مذنبا اورطبامذنبا لانه يجد فى حلقه شيئا من حموضة البسر وحلاوة الرطب * وقيل الجواب فيهما واحد قـــوله وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة والصحيح انه لا يحنث بلحم الخنزير والادمى لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف * وذكر الزاهدى العتابى انه لا يحنث وعليه الفتوى قـــوله وقالا يحنث فى شحم الظهر * وذكر الطحاوى قول محمد رحمه الله مثل قول ابى حنيفة رحمه الله لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه ان شحم الظهر يذاب ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن الاترى ان الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما * * * * * * * * * * او الحوايا

الحنطة

(الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا) لانه مفهوم منه عرفا لابيحنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهى قاضية على المجاز المتعارف على ماهو الاصل عنده ولوقضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لايضع قدمه فى دار فلان واليه الاشارة بقوله فى الخبز حنث ايضا (ولو حلف لايأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث) لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه (ولو استفه كما هو لايحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف لايأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا) وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد فى غالب البلدان (ولو اكل من خبز القطائف) لايحنث لانه لايسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه (وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث) لانه غير معتاد عندهم حتى لوكان بطبرستان او فى بلدة طعامهم ذلك يحنث (ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوى عند الاطلاق الا ان ينوى ما يشوى من بيض اوغيره لمكان الحقيقة * * * * * * وان حلف

اوالحوايا اوما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على انه يحنث فى شحم البطن والثلثة على الاختلاف * وله انه لايطلق اسم الشحم على اللحم السمين ولهذا لوحلف لايأكل لحما فاكل شحما يحنث وكيف يكون شحما مع كونه لحما ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية فربهى لاپيه * واما الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا * فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم * قلنا ذلك اضمار وهو خلاف الاصل والانقطاع فى الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت اذا دل الدليل وقد دل الدليل ههنا وهوقوله اوما اختلط بعظم لان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم وقيل لو كانت يمينه على الشراء لا يحنث بشحم الظهر اتفاقا لان الشراء لا يتم الا بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحاما لا شحاما بخلاف الاكل عندهما لان الاكل يتم بالاكل وحده وشحم الظهر شحم عندهما وبان لا يحنث فى فصل الشراء لايدل على انه ليس بشحم عندهما فقد اكل الشحم فيحنث الاترى ان من حلف لايشترى طعاما فاشترى لحما لم يحنث لان بائعه يسمى لحاما * ولوحلف لايأكل طعاما يحنث باكل اللحم لان الاكل يتم بالاكل وحده * ومن حلف لايشترى حديدا فاشترى درعا من حديد لايحنث لان بائعه يسمى زرادا لاحدادا * ولوحلف لايمس حديدا فمس درعا حنث لان المس يتم به وحده * وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله حيث جمع بين الاكل والشراء * وذكر فيه الخلاف * واختلف المشايخ فى تعيين محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فى اللحم السمين على الظهر فعلى هذا كلام ابيحنيفة رحمه الله اظهر **قــــوله** وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا يقال اهل بلدة كذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذا عام يتناول عينها ومايتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز كمن حلف لايضع قدمه فى دار فلان يحنث بالدخول حافيا ومتنعلا وراكبا وراجلا لانه مجاز عن الدخول ومحمد رحمه الله مر على اصله فى السويق المتخذ منه لانه اكل المتخذ منه * وابويوسف رحمه الله خالف اصله لان حلفه انما يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف فى السويق * والجواب لابيحنيفة رحمه الله عن قولهما ان التعارف فى الحنطة المطلقة لا فى هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لايأكل الحنطة يجب ان لايحنث باكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله **قــــوله** ولو استفه كما هولم يحنث وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة ولونوى اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز لانه حقيقة كلامه * * * * * **قــــوله**

(وان حلف لايأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبخا (ومن حلف لايأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير ويباع فى المصر) ويقال يكنس (وفى الجامع الصغير ولو حلف لايأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة) وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف فى زمنه فيهما وفى زمنهما فى الغنم خاصة وفى زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر (وان حلف لايأكل فاكهة فاكل عنبا اورمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا اوبطيخا اومشمشا حنث وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حنث فى العنب والرطب والرمان ايضا) والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اى يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود فى التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود فى القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا فى معنى التفكه للاستعمال فى حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات (ولو حلف لايأتدم فكل شئ اصطبغ به ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام) وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله تعالى * * * * لان

قــــوله وان حلف لايأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم اى بالماء واما القلية اليابسة فلا يسمى مطبوخا وهذا استحسان والقياس ان يحنث فى اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم انه لو لم يرد به ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذى يطبخ فى العادات الظاهرة ومتخذه يسمى طباخا فاما من طبخ الآجر فلا يسمى طباخا **قــــوله** والرطب واليابس فيه سواء يعنى ان ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه ويابسه بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لايحنث بيابس البطيخ لان التفكه به غير معتاد **قــــوله** فاوجب قصورا فى معنى التفكه وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا فما يكون اصلا من وجه من حيث انه يصلح للغذاء والدواء لا يتناوله اسم الفاكهة لان جهة الاصالة فيه اوجب قصورا فى تبعيته فلايتناوله اسم التبع كما لايتناول اسم الشحم للحم السمين وكما لايتناوله اسم المبنى عن كمال مسماه القاصر كاللحم لايتناول السمك والمملوك لايتناول المكاتب **قــــوله** ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب يريد به ان يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فالناس فى زمن ابى حنيفة رحمه الله كانوا لا يتفكهون بها وفى زمنهما يتفكهون فافتى كل بحسب ما شاهد فى زمانه * وفى المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة فى العرف يدخل تحت اليمين وما لا فلا **قــــوله** ولو حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام ولفظ اصطبغ به على البناء للمفعول * وفى المغرب الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ من الادام لان الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخل * قوله

لان

لان الادام من المؤادمة وهى الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه * ولهما ان الادام مايؤكل تبعا والتبعية فى الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفى ان لايؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة فى الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح (واذا حلف لايتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتى العشاء فى الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر وينطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة فى حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدى حر وقال عنيت شيئا دون شئ لم يدين فى القضاء وغيره) لان النية انما تصح فى الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه * * * * * * وان قال

قــــوله لان الادام من المؤادمة وهى الموافقة قال صلى الله عليه وسلم لمغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين خطب امرأة ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما اى يوافق قــــوله كاللحم والبيض ونحوه كالجبن والسمك قــــوله والتبعية فى الاختلاط حقيقة يعنى التبعية فى الاختلاط ليكون قائما فيه والتبعية حكما فى ان لا يؤكل وحده واللبن لايتأتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربا لا اكلا وكذا الخل ونحوه من المائعات واما العنب والبطيخ قيل على الاختلاف * وذكر الامام السرخسى رحمه الله انه ليس بادام بالاجماع لان آكله لا يسمى مؤتدما قــــوله فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر وهذا توسع فى العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لااسم اكله وكذلك العشاء بالفتح والمداسم لطعام العشى كذا فى المغرب قــــوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتى العشاء روى ان النبى عليه السلام انصرف من احدى صلوتى العشاء على ركعتين اما الظهر او العصر فسمى الراوى هاتين الصلوتين صلوتى العشاء قــــوله وينطلق على مايقرب منه السحور مأخوذ من السحر وانه اسم آخر الليل قبل طلوع الفجر فكان منتصف الليل قريبا من السحر فيطلق عليه اسم السحر قــــوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة حتى لو اكل لقمة او لقمتين لا يحنث ومقدار الغداء والعشاء ان يأكل اكثر من نصف الشبع قــــوله وتعتبر عادة اهل كل بلدة فى حقهم يعنى ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضرى لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوى بخلافه لانه غداء فى البادية والتضحى ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروى عن محمد رحمه الله فيمن حلف لايكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكلمه لم يحنث لان وقت السحر ما قرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء مسا آن احدهما انه اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لايفعل كذا حتى يمسى فهذا على غيبوبة الشمس لانه لايمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثانى كذا فى الايضاح قــــوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين فى القضاء وغيره اى لايصدق قضاء وديانة * لان

(وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة) لانه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء (ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابيحنيفة رحمه الله) وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم * وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة فى الكرع وهى مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا (وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث) لانه بعد الاغتراف بقى منسوبا اليه وهو الشرط * * * * فصل

لان النية تعمل فى الملفوظ لانها لتعيين ما احتمله اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولا عموم للمقتضى عندنا فلم يحتمل التخصيص وعند الشافعى رحمه الله يصدق ديانة لان للمقتضى عموما عنده * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يصدق فيما بينه وبين الله وبه اخذ الخصاف رحمه الله * ولو قال ان خرجت ونوى السفر يصدق ديانة لتنوعه الى مديد وقصير فصح تعيينه احدهما ولونوى مكة لا يصدق قضاء وديانة ولوحلف لايساكن ونوى المساكنة فى بيت واحد يصدق لانه نوى انم مايكون من المساكنة فان اعم ما يكون من المساكنة فى بلدة والمطلق من المساكنة فى العرف فى دار واحدة واتم ما يكون من المساكنة فى بيت واحد فهذه النية ايضا يرجع الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه *والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص فى المفعول كنية التخصيص فى الملبوس والمطعوم والمشروب فى مسئلة الكتاب لا تصح نيته وكذا لونوى تخصيص الحال بان يقول لرجل وهو قائم والله لااكلمه ونوى حالة قيامه لايصح الا ان يقول فى يمينه لا اكلم هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص الصفة بان يقول لا انزوج امرأة ونوى كوفية اوبصرية لغت نيته ولو نوى عجمية اوحبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص فى الجنس وذلك فى لفظه كذا فى المبسوط **قــــوله** حتى يكرع منها الكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل فى الماء اذا مد عنقه نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع فى النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعه **قــــوله** وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة فى الكرع اى حقيقة فى ان يضع فاه على بعض الدجلة وفى الكرع ذلك او لابتداء الغاية وذلك فى ان يكون ابتداء شربه من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا فلانه جاء فى الحديث ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء باق فى الشن والا كرعنا فى الوادى الحقيقة مراده هنا ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا * فان قيل لانسلم ان الحنث فى الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما فى قوله لا يضع قدمه فى دار فلان ولما كان كذلك وجب ان يحنث فيما اذا شربه بالاغتراف لما ان الحكم فى عموم المجاز كذلك * قلنا الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان فان ذلك صار عبارة عن الدخول فى العرف ولهذا لا يحنث بوضع القدم اذا لم يدخل والاختلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة **قــــوله** وهو الشرط اى كونه منسوبا الى دجلة بخلاف ما تقدم لان الشرط ثمه ان يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة او بعض دجلة ولوحلف لايشرب من هذا الكوز فصب الماء فى كوز آخر فشرب منه لم يحنث لتبدل النسبة ولو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث * * * * * اجماعا

فصل

فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابويوسف رحمه الله يحنث فى ذلك كله) يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى * واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابى يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلابد من تصور البر ليمكن ايجابه * وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة * قلنا لابد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف ولهذا لاينعقد الغموس موجبا للكفارة (ولوكانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابى يوسف رحمه الله يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى يحنث فى قولهم جميعا) فابويوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت * ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال وهما فرقا بينهما * ووجه الفرق ان فى المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث فى يمينه * * * * * * كما

اجماعا اما عنده فلانه منصرف الى الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات فى امساك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز ولوحلف لايشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث لان حلفه انعقد على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا ينقطع بالانهار الصغار **قوله** فصار كما اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة هذا اذا كان النهر الذى يأخذ من دجلة صغيرا اما اذا كان كبيرا تنقطع النسبة من دجلة **قوله** ولوكانت اليمين مطلقة اى غير موقت بوقت وهو اليوم مثلا ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما وعند ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان الماء موجودا فى الكوز فاهريق يحنث فى قولهم جميعا **قوله** فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت اى فى تنجز الحنث وتأخره فقال فى المطلق تنجيز الحنث كما فرغ من اليمين وفى الموقت باليوم بتأخر الحنث الى آخر اليوم وهما ايضا فرقا فى الحنث وعدمه لكن فى صورة واحدة وهو ما اذا كان الماء موجودا وقت اليمين ثم اهريق فقالا فى المطلق يحنث وفى الموقت باليوم لا يحنث* وجه الفرق لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه ان فى اليمين المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت *فان قيل التوقيت انما يكون للتوسعة ان لو وجب الفعل عليه فى الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فان من عقد يمينه على الفعل مطلقا يجب عليه فى آخر عمره كما فى قوله ليأتين البصرة فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة * قلنا انما ينتظر آخر العمر فى فعل يرجى بحقيقته كما فى قوله ليأتين البصرة وهذا بمعزل من ذلك لانه لا يرجى شرب الماء المعدوم فلا فائدة فى الانتظار فيجب الفعل فى الحال*ووجه الفرق لهما كذلك ان فى المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين ففوات المحلوف عليه بعد وجوب البر لايمنع الحنث كما اذا مات الحالف والماء باق فاما فى الموقت يجب البر فى الجزء الاخير من الوقت لما عرف ان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافا الى وقت تعين الجزء الاخير للزوم الفعل ولا يحنث بترك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لان الوقت صار ظرفا له لا معيارا فيلزم فى جزء من ذلك الوقت ويتعين اخره كصلوة الظهر فى وقت * * * * الظهر

كما اذا مات الحالف والماء باق اما فى الوقت يجب البر فى الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم نبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة

(ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد * ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى * واذا

الظهر يتعين آخر الوقت وكذا اذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لا يحنث فى الحال بالاجماع ايضا وانما الخلاف فى الحنث بعد مضى الوقت عند ابى يوسف رحمه الله يحنث وعندهما لا يحنث واذا ثبت ان البر يجب فى آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لاراقة الماء قبل ذلك فلا يجب البر ويبطل اليمين * فان قيل ينبغى ان يبقى اليمين ولا يبطل لان اعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائز كما اذا حلف ليقلبن هذا الحجر ذهبا فاولى ان يبقى المعقود على تلك القدرة * قلنا ابتداء اليمين انعقدت فى الكوز على الممكن فى الظاهر وعند الاراقة ما بقى ذلك الممكن ممكنا فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت اما فى مسئلة الحجر اليمين انعقدت ابتداء على القدرة فى الجملة لا على الامكان الظاهر **قوله** كما اذا مات الحالف يعنى اذا مات الحالف قبل تحقيق البر فانه يحنث وتجب الكفارة خلفا عن البر بحكم العجز الثابت عادة وان كان البر متصورا باعادة الحيوة فكذا هنا بعد الفراغ عن اليمين وجب ان يحنث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وان كان البر متصورا باعادة الماء * فان قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين اولى ان يمنعها من الانعقاد لان المنع اسهل من الرفع * قلنا لما تغاير العجزان جاز ان يكون الطارئ رافعا والمقارن غير مانع كالشيخ الفانى عجزه عن الصوم لا يمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه يرفع الواجب حتى ينتقل الى الفداء وكذا لو تزوج امة بغير اذن مولاها انعقد النكاح ولايكون حق المولى مانعا من بقاء الانعقاد فاذا اشتراها من يحل له وطئها يصير حق المشترى رافعا لذلك العقد ولا تعمل الاجازة لما عرف ان الحل البات اذا طرء على حل موقوف ابطله * فان قيل اذا حلف ليقتلن فلانا وهو عالم بموته تنعقد يمينه على حيوة يحدث فيه باحداث الله تعالى فلم لاتنعقد اليمين فى مسئلة الكوز على ما يخلق الله تعالى فى الكوز بعد اليمين * قلنا ان الله تعالى لو خلق الماء فى الكوز لم يكن هذا الماء محلوفا عليه اذ المحلوف عليه هو الماء الذى فى هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسئلة القتل فان الله تعالى لو خلق الحيوة فى الميت الفلانى كان فلانا بعينه فلهذا لافرق فى مسئلة الكوز بعد ان يكون عالما بعدم الماء فى الكوز اولم يكن عالما وقت اليمين فى الصحيح من الجواب * فان قيل هلا قدر اليمين كانه قال لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز ان خلق فيه الماء كما فى مسئلة القتل ان كان عالما بموته * قلنا قوله لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز عبارة عن الموجود كانه اشار والاشارة الى المعدوم لاتصح واذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبر بما لو نص عليه ولو نص عليه وقال لاشربن الماء الموجود فى هذا الكوز ان خلق لا يستقيم ويكون وصفا منه للشئ الواحد بالوجود والعدم فلايثبت اقتضاء فاما فى مسئلة القتل لو نص عليه وقال لاقتلن فلانا ان عادت اليه الحيوة كان مستقيما فامكن اثباته اقتضاء **قوله** انعقدت يمينه وحنث عقيبها هذا اذا حلف مطلقا واما اذا وقت اليمين لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت **قوله** الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمسنا السماء فلما كانت السماء عينا لمسوسة بمحلوف كان المس متصور المحلوف آخر لا مستحيلا لان * * مستحيل

واذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا لخلفه * ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لايتصور فلم ينعقد والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى الكلام

(ومن حلف لايكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث) لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله * وفى بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لايسمع صوته (ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث) لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام او من الوقوع فى الاذن * * * وكل

مستحيل الوجود فى نفسه لا يختلف بين محلوف ومحلوف فكان مستحيل الوجود فى حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى يحكى عن بعض الاخيار قوله واذا كان متصورا تنعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتبر بالايجاب من الله تعالى واليمين جهة فى ايجاب البر والايجاب من الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الاترى ان الصوم واجب على الشيخ الفانى وان لم يكن له قدرة لمكان التصور والحلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم كذا فى الفوائد الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب اليمين فى الكلام

قوله ومن حلف لايكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث * اعلم ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما فى تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لايوقف عليه فاقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله * وذكر فى الذخيرة لايحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبى اوقومى لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وكذلك اذا قال واذهبى الا ان يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما صاحبه معا لم يحنث الحالف فيه لان شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداءة والبداءة بالسبق والحالف ان كلمه بالسلام الا انه لم يسبقه ويسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث ابدا بحكم هذه اليمين لوقوع اليأس عن كلامه بصفة البداءة لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه وعن هذه المسئلة * قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتى حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لايحنث فى يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدءا لها * ثم المرأة بتكلمها لايحنث فى يمينها ايضا لانها ما ابتدأت بالكلام قوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله فان هناك يحنث لانه اوقع * * * * * * * * * * صوته

وكل ذلك لايتحقق الابالسماع * وقال ابو يوسف رحمه الله لايحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء * قلنا الرضاء من اعمال القلب ولاكذلك الا ذن على مامر (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى الذى يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لايتكلم فقرأ القرآن فى صلوته لايحنث وان قرأ فى غيرصلوته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه لانه كلام حقيقة ولنا انه * * * * * * * * فى

صوته فى اذنه وان لم يفهم لتغافله اى لغفلته فيحنث الاترى انه لوناداه وهوبعيد يسمى هاذيا ولوناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا فى المبسوط قوله وكل ذلك لايتحقق الا بالسماع *فان قيل يشكل بما اذا اذن لعبده وهو لايعلم صار مأذونا عند ابى حنيفة رحمه الله * قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالآدمية الانه كان محجورا لحق المولى فاذا اذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفاع المانع لايتوقف على سماعه وعلمه واما فى اليمين فلماحرم كلامه باليمين الاعند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلابد من الاعلام بذلك قوله وانه يتم بالاذن كالرضاء يعنى اذاحلف لايكلمه الابرضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضا يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالآذن قوله ولا كذلك الاذن على ما مر وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الابالسماع قوله وان حلف لايكلمه شهرا فهومن حين حلف الى قوله عملا بدلالةحاله وهو الغيظ الذى لحقه فى الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه فى الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه فى الحال قوله لانه لو لم يذكر الشهر لاتتأبد اليمين اما لان قوله لا صومن اثباتى بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدمى والعدمى يستغرق بخلاف الاثباتى الاترى انه كيف استغرق النهى فى قوله لايفعل ولم يستغرق الامر فى قوله افعل واما لان الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الاوقات التى لاتصلح ان تكون محلاللصوم بخلاف الامتناع عن الكلام فان الاوقات كلها سواء فى حقه فكان ذكر الشهر لتقدير الصوم به وانه منكر ولم يتعين الشهر الذى يلى اليمين وبمثله ان تركت الصوم شهرا يتعين الشهر الذى يليه ولو قال صوم شهر لايتعين لان فى الاول ادخل اللام فيه فاقتضى صوم العمر فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراه عن اليمين وفى الثانى اضاف الصوم الى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله* فان قيل يشكل بما اذا قال امرك بيدك شهرا فانه يتعين الذى يليه وان كان لا يتأبد اذا لم يذكر الشهر * قلنا قوله امرك بيدك موجبه تفويض الطلاق اليها فى الساعة ويقتصر على المجلس فذكر الشهر فيه لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لو لم يتعين لا يكون لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فصل الصوم فان قوله والله لاصومن لايتعين فيه الساعة ولايقتصر على المجلس فافترقا قوله وان حلف لايتكلم فقرأ القرآن فى صلوته لم يحنث وان قرأ فى غيرصلوته حنث لانه متكلم بكلام الله تعالى قوله وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اى لايحنث بها فى الصلوة ويحنث بها خارج الصلوة وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله ان عقد يمينه بالفارسية لايحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلوة ايضا للعرف فانه يسمى قارئا ومسبحا لا متكلما وعليه الفتوى * وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله لايحنث خارج الصلوة اذا قرأ اوسبح اوهلل لانصراف يمينه الى كلام الناس والقياس ان يحنث فى الوجوه كلها لانه كلام حقيقة باعتبار انه معنى ينافى السكوت والآفة والطفولة والخرس والقرآن كلام الله قال الله * * * * * * * * * * * * * تعالى

فى الصلوة

فى الصلوة ليس بكلام عرفا ولاشرعا قال صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شئ من كلام الناس * وقيل فى عرفنا لايحنث فى غير الصلوة ايضا لانه لايسمى متكلما بل قارئا ومسبحا (ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد (وان عنى النهار خاصة دين فى القضاء) لانه مستعمل فيه ايضا * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لايدين فى القضاء لانه خلاف المتعارف (ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة * * وما

تعالى حتى يسمع كلام الله فالتكلم به له حكم التكلم وكذا التسبيح والتهليل كلام ايضا قال عليه السلام ان الله تعالى اختار من الكلام اربعا هن من القرآن وليس بقرآن سبحان الله والحمد لله ولا آله الا الله والله اكبر **قــــوله** فى الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا فلان الشرع لم يجعل القارئ فى الصلوة متكلما حيث قال لايصلح فيها شئ من كلام الناس والقراءة مشروعة فلاتكون كلاما **قــــوله** لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت اعلم ان لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقا وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركا وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز اولى من حمله على الاشتراك عند تعارض المجاز والاشتراك لان المجاز فى الكلام اكثر فيحمل على الاغلب * ثم لاشك انه ظرف فان كان مظروفه مما يمتد وهو ما يصح فيه ضرب المدة اى يصح تقديره بمدة كاللبس والمساكنة والركوب ونحوها فانه يصح ان يقدر بزمان يقال لبست هذا الثوب يوما وركبت هذه الدابة يوما وساكنته فى دار واحدة شهرا يحمل على بياض النهار لانه يصلح مقدرا له فكان الحمل عليه اولى وان كان مظروفه مما لايمتد كالخروج والدخول والقدوم اذ لايصح تقدير هذه الافعال بزمان يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب * واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله فى قوله اذا قرن بفعل لايمتد ذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذى تنصب به اليوم كالامر باليد فى قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان فانه مما يمتد فلهذا اختص ببياض النهار *وذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذى اضيف اليه اليوم كما فى قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق حيث قال والكلام مما لايمتد فحمل على مطلق الوقت * وكذا قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لايمتد وجعل الفعل المقرون به التزوج * والمسائل فى الجامع الصغير وغيره لكن هذا تسامح فى العبارة لمالم يختلف الجواب فيما اذا كان المضاف اليه مما لايمتد وكذا الجزاء كالطلاق والحرية تسامحوا فى ذلك فجعلوا الفعل المقرون به هو المضاف اليه اما فيما اذا كان المضاف اليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالامر باليد فى قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان اعتبروا الجزاء وحملوه على بياض النهار آخذا بالتحقيق فظهر من هذا ان المراد بالفعل المقرون به هو الجزاء لا المضاف اليه **قــــوله** والكلام لا يمتد * فان قيل الكلام يمتد ولهذا يقبل التوقيت فيقال كلمت الى المساء كما يقال لبست يوما * قلنا الكلام عرض والعرض لايقبل الامتداد لذاته وانما جعل ممتدا بتجدد امثاله كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك الا ان استدامة الركوب وامثاله فى المرة الثانية مثل الاولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد اما الكلام الثانى لايكون مثل الاول من كل وجه اذ يكون بعضه خبرا و بعضه امرا وبعضه نهيا فلم يستقم القول فيه بتجدد الامثال * * * * * * * * * * * * **قــــوله**

وما جاء استعماله فى مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان اوحتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم اوالاذن حنث ولوكلمه بعد القدوم اوالاذن لم يحنث) لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وان مات فلان سقط اليمين) خلافا لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه لان الممنوع عنه كلام ينتهى بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلايحنث * قال رضى الله عنه هذه فى اضافة الملك بالاتفاق وفى اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث كالمرأة والصديق * قاله فى الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها وتعلق الحكم بعينه كما فى الاشارة * وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه * * * * * * * * * * ولهذا

قــــوله وما جاء استعماله فى مطلق الوقت اى المذكور بعبارة الفرد اما اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يختص بسواد الليل كما فى قول الشاعر

شعر وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا الجذيم وحميرا

والمراد به الوقت قــــوله لانه غاية اما فى كلمة حتى فظاهر لانها للغاية قال الله تعالى هى حتى مطلع الفجر وكذا الا ان قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث الى ان قال الا ان تغمضوا فيه معناه والله اعلم حتى تغمضوا فيه وكذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبى الا ان يؤذن لكم * فان قيل كلمة الا ان للشرط بدليل انه لو قال انت طالق الا ان يقدم فلان فهو بمنزلة قوله ان لم يقدم فلان * قلنا هى للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو قال لها انت طالق شهرا يتأبد وهذا لان كلمة الا للاستثناء حقيقة وبينه وبين الغاية مناسبة من حيث ان حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها * كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده فان تعذر حمله على الاستثناء ينظر ان دخل على ما يتوقت حمل على الغاية كما فى مسئلة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقت كالطلاق حمل على الشرط لان بين الشرط والاستثناء مناسبة ايضا من حيث ان حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده الا ان مناسبة الغاية اكثر لان فى الاستثناء حكم الكلام ثابت فى المستثنى منه فى الحال وكذا حكم الكلام ثابت فى المغيا قبل وجود الغاية اما فى الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يتعذر حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشئ واشتراط عدمه من المشابهة فان الشئ اذا استثنى عن حكم فذلك الحكم لا يثبت عند وجوده وانما يثبت عند عدمه فيجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم فيصير كانه قال انت طالق ان لم يقدم فلان وهذا لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على عدم الطلاق فصار عدمه علما على الوقوع ضرورة

قــــوله لان الممنوع عنه كلام ينتهى بالاذن والقدوم يعنى الممنوع باليمين كلام ينتهى منعه بالاذن والقدوم له وبعد ما مات فلان لم يبق الكلام بهذه الصفة متصور الوجود فسقطت اليمين كما فى مسئلة الكوز * * * * * * * * * * * * * * قــــوله

ولهذا

ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك (وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا اوامرأة فلان بعينها اوصديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد وحنث فى المرأة والصديق وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث فى العبد ايضا) وهو قول زفر رحمه الله (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعى فى اليمين معنى فى المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى فى ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه (ومن حلف لا يكلم هذاالشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(قال ومن حلف لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر) لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى سبحانه هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتى اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لو جود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد * * * * * * * * * * * * ولو

قوله ولهذا لم يعينه اى بالاشارة لم يقل امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا **قوله** والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اى لانه لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا عدولى بخلاف ماتقدم اى من مسئلة الدار والثوب والعبد لان الداعى لمعنى فى المضاف اليه فيها ظاهر لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجمادات فيباع فى الاسواق كما يباع البهائم فلا يقصد بالهجر ان فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها * فان قيل يحتمل ان يكون الهجران لاجل ذات الدار والدابة على ما قيل الشؤم فى الثلث فى الدار والمرأة والفرس * قلنا ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما ان هذه الا عيان لا تهجر ولا تعادى عادة لذواتها * وما قلنا من هجران هذه الا عيان بسبب ملاكها مؤيد بالعرف فكان اولى **قوله** فصار كما اذا اشار اليه اى قال لا اكلم صاحب الطيلسان هذا وان كلم المشترى لا يحنث لما بينا **قوله** وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين * جواب سؤال يرد على قوله اذا الصفة فى الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت فى الحاضر فى قوله لا تأكل هذا الرطب حتى لا يحنث اذا اكله بعد ما صار تمرا * فاجاب ان الصفة انما تعتبر فى الحاضر اذا كانت داعية الى اليمين وهذه الصفة غير داعية الى اليمين فلم تعتبر فى الحاضر **قوله** على ما مراى فيما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ماصار شاة لم يحنث والله اعلم

فصل

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وانما استوى المعرف والمنكر لان ستة اشهر لما صارت معهودة فيما انصرف التعريف الى المعهود **قوله** لان الحين يذكر ويراد به الزمان القليل قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون اى ساعة تمسون وساعة تصبحون والمراد به وقت الصلوة * * * * * * * وقد

ولوسكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه (قال وكذلك الدهر عند ابيبوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابوحنيفة رحمه الله الدهر لا ادرى ماهو) وهذا الاختلاف فى المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا * لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى * وابوحنيفة رحمه الله توقف فى تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف فى الاستعمال (ولوحلف لايكلمه اياما فهو على ثلثة ايام) لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع فهو الثلث ولوحلف لا يكلم الايام فهو على عشرة ايام عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع (ولوحلف لايكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثنى عشر شهرا) لان اللام للمعهود وهو ماذكرنا لانه يدور عليها * وله انه جمع معرف * فينصرف

وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى يؤتى اكلها كل حين بأذن ربها وانه ستة اشهر من حين يخرج الطلع الى ان يدرك التمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامور او ساطها وانا نعلم انه لم يرد الساعة لان الغضبان لايعزم على ترك الكلام ساعة ولا يحلف على ذلك ونعلم انه لم يرد به اربعين سنة لانه ان اراد ذلك يقول ابدا لانه بمنزلة الابد اويسكت **قوله** ولوسكت عنه يتأبد اى لوسكت عن ذكر الحين وقال لا يكلم فلانا يكون على الابد فلما ذكرحينا مع ذلك وجب ان يستفاد منه معنى سوى المعنى الذى يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره وتلك الفائدة يجب ان لايكون الزمان اليسير ولا اربعين سنة لما ذكرنا آنفا فتعين ما قلنا وهو ستة اشهر **قوله** وقال ابوحنيفة رحمة الله تعالى عليه لا ادرى ما الدهر اى فى حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسا **قوله** وهذا الاختلاف فى المنكر هو الصحيح قيد به لما روى بشر عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه ان المعرف والمنكر عنده سواء **قوله** والمعرف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان لاختلاف فى الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لاتسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجملا والتوقف فى المجمل آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة والتقدير امارة القصور وتأويل الحديث ان العرب كانوا يزعمون ان الدهر هو المهلك على ما قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبى عليه السلام قال لا تسبوا مهلك الخلق ومفنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا انه مع هذا احتشم وحفظ لسانه عن الكلام فى الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما روى ان النبى عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادرى حتى اسأل جبرئيل فسأل جبرئيل عليه السلام فقال لا ادرى حتى اسأل ربى فصعد السماء ثم نزل وقال سألت ربى عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير اهلها من ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف فى مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان * * * * * * **قوله**

فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده فى الجمع والسنين) وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه (ومن قال لعبده ان خدمتنى اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه عشرة ايام) لانه اكثر مايتناوله اسم الايام * وقالا سبعة ايام لان مازاد عليها تكرار * وقيل لوكان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكرفيها بلفظ الفرد دون الجمع والله تعالى اعلم بالصواب * * * * باب

قوله فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهى بالعشرة اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية ايام وعشرة ايام فاذا جاوز العشرة لايسمى اياما مقرونا بالعدد يقال احد عشر يوما ولا يقال احد عشر ايام فثبت ان معهود الايام عشرة وكذلك الجواب عنده فى الجمع والسنين انه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام ونحوها لانها اكثر مايطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر حملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاقل ثلثة والكل من الاقل بمنزلة العام من الخصوص والاصل فى العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على الكل ما لم يقم الدليل على الاقل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود اولى من الصرف الى تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهى ايامها باساميها واللام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها فى انفسها اولى * فان قيل انما تنتهى الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لا مطلقة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة قصرا عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن العدد * قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلثة حقيقة حالتى الاطلاق واقترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لاعند الاقتران بالعدد والشىء متى كان اسما للشىء فى جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسمه فى حال دون حال ولان الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق ويوم عند اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التى هى اسم جنس من كل وجه * فان قيل اذا حلف لايتزوج النساء اولايشترى العبيد لاينصرف الى العشرة بل الى الواحد * قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين احدهما انه تعذر الصرف الى كل الجنس فى جميع الاعيان فينصرف الى الادنى لا محالة * بيانه ان معنى الجمع لو كان مرعيا فى جميع الاعيان فالحنث فى الوجود مفتقر الى ذلك الفعل فى كل فرد من افراد الازمان بدليل ان من حلف لايكلم فلانا عشرة ايام يحنث بكلامه فى يوم منها ولوحلف لايشترى عشرة اثواب لم يحنث بشراء ثوب واحد * والثانى ان فى سائر جمع الاعيان لو بقى معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكرا فيبطل حرف التعريف حينئذ بخلاف جمع الازمان لانه يتعين مايلى وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكرا فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانعدمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية * ثم عندهما فى الجمع والسنين ينصرف الى العمر كله * وفى قوله لايتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمين المنع من التزوج وذلك ليس فى وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهنا لوحمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يحنث بكلام واحد فتفيد اليمين فائدته فافترقا **قوله** لانه اكثر مايتناوله اسم الايام وهذا لانه لما ذكر الكثرة تبين انه لم يرد به اقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلث بالاولى من البعض فيصرف الى المعهود للفظ الايام * وقيل لوكانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة اى اجماعا لانه يذكرفيها بلفظ الفرد يعنى فى الفارسية لاتفاوت بين ما فوق العشرة وما تحتها فانه يقال ده روز ويازده روز فلم ينصرف لفظ الجمع الى العشرة ولا كذلك العربية فالحاصل ان اباحنيفة رحمه الله انما صرف الايام الى العشرة باعتبار ان العشرة اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا فى الفارسية والله تعالى اعلم بالصواب * * باب

باب اليمين فى العتق والطلاق

(ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة) لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به فى العرف ويعتبر ولدا فى الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على مابيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهى الجزاء * ولابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظهر فى دفع تسلط الغير ولا يثبت فى الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لايصلح مقيدا (واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لان الاول اسم لسابق فرد (فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد فى الاولين والسبق فى الثالث فانعدمت الاولية (وان كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد فى حالة الشراء * * * * * * * * * * لان

باب اليمين فى العتق والطلاق

قوله عتق الحى وحده عند ابى حنيفة رحمه الله انما قال وحده لانه لايعتق ما ولد بعده

قوله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت فتنحل اليمين وذلك لان الشرط فى اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء اى تنحل اليمين وان لم ينزل الجزاء الاترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء لان الطلاق معلق بمطلق الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبد آخر ولابى حنيفة رحمه الله ان شرط انحلال اليمين ولادة ولدحى نظرا الى وصفه اياه بالحرية * وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط * وفى الايضاح لو قال اول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حى عتق الحى ولم يذكر خلافا والصحيح انه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت لا يبقى فى التحقيق لان الرق يبطل بالموت

قوله تقيد بوصف الحيوة تصحيحا لكلام القائل اذ لو لم يقيد بالحيوة صار لغوا فصار كما لو قال ان ضربت فلانا يتقيد بضربه حيا تصحيحا للشرط اذ معنى الضرب وهو الايلام بعد الموت لايتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقا او حرية ام الولد لانه لا يصلح مقيدا لانه مستغن عن حيوة الولد فبقى مطلقا * فان قيل لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم اشترى عبدا لنفسه لا يعتق الثانى لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه اياه بالحرية * قلنا الذى اشتراه لغيره محل للاعتاق فانحلت اليمين اما الولد الميت فليس بمحل للاعتاق لانه بصفة الحيوة تصير محلا للحرية قوله واذا قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر فاشترى عبدين ثم عبدا عتق الثالث ولو قال اول عبد اشتريه واحد لا يعتق الثالث * والفرق ان وحده يقتضى الانفراد فى الفعل المقرون به ونفى مشاركة الغير فى ذلك الفعل ولا يقتضى الانفراد فى الذات والواحد يقتضى الانفراد فى الذات ويؤكد احد موجبى الاول الاترى انه يصح ان يقال فى الدار رجل * * * * * * * * * واحد

لان وحده للحال لغة والثالث سابق فى هذا الوصف (وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق) لان الآخر فرد لاحق ولاسابق له فلايكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه) حتى يعتبر من جميع المال (وقالا يعتق يوم مات) حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه * ولابى حنيفة رحمه الله أن الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا * وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به * وفائدته تظهر فى حرمان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه * ويشترط

واحد وان كان معه امرأة لانه يقتضى الانفراد فى ذاته وهو الرجولية لا فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضى وصف التفرد للرجل فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار لا الانفراد فى ذاته وهى الرجولية واذا ثبت هذا فقوله املكه وحده يقتضى التفرد فى الملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة فيعتق فصار كما لو قال اول عبد اسود املكه فهو حر فملك ابيضين ثم اسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبد متصف بصفة التفرد فى السواد والثالث متصف بهذه الصفة وقوله املكه وحده صفة للعبد فيقتضى التفرد فى الذات ويؤكد احد موجبى الاولية فلم يتغير الحكم فيه وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقا بعبد متصف بصفة التفرد فى الذات والثالث ليس بهذه الصفة **قــــوله** لان وحده للحال لغة فان قيل قال فى الكتاب اول عبد املكه واحدا فوجب ان لا يحتمل غير الحال وصارت نظير وحده * قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعتا ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه فى اسمه فلايقطع عنه وصف الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال اول كر املكه فهو هدى فملك كرا ونصف كرلا يلزمه شئ لان النصف يزاحم الكل فى المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والثياب **قــــوله** يعتبر من جميع المال اى اذا كان الشراء وقت الصحة **قــــوله** فكان الشرط متحققا عند الموت وهذا لان الاخرية انما تثبت بعدم شراء آخر بعده وصار كانه قال ان لم اشتر عبدا آخر فالثانى حر ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا * ولابى حنيفة رحمه الله ان الثانى آخر لكونه فردا لاحقا لايشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخرية بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان اخرا من وقت الشراء كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم فان استمر ثلثة ايام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت وقولهما ان العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده * قلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لاصريحا ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم فى الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على وجود العلامة على ماهو الحكم فى العلامة لانه لايوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطا لعلمنا بوجود الحكم وشرطه سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرية من زمان الشراء فيستند الحكم كما فى مسئلة الحيض **قــــوله** وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به فانه اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهى طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة * * * * ودخل

* ويشترط كونه سارا بالعرف * وهذا انما يتحقق من الاول (وان بشروه معا عتقوا) لانها تحققت من الكل (ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لان الشرط قران النية بعلة العتق وهى اليمين * فاما الشراء فشرطه (وان اشترى اباه ينوى عن كفارة يمينه اجزاه عندنا) خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله تعالى * لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهى القرابة * وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة * ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه (ولو اشترى ام ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه * بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية (ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة فى هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد (وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين) خلافا لزفر رحمه الله تعالى فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك * * * * * * فكان

ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ترث منه وعندهما تطلق فى آخر حيوته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وترث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة **قــــوله** ويشترط كونه سارا بالعرف وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم لخبر يغير بشرة الوجه من فرح اوحزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم فبشرناها باسحق * وفى العرف اسم لخبر سار صادق غاب من المخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثانى اخبره بما كان معلوما له فلا يتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر علمه * واصله ماروى ان النبى عليه السلام مر بابن مسعود رضى الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابوبكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق ابوبكر عمر رضى الله عنهما بها كان ابن مسعود رضى الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرنى ابوبكر واخبرنى عمر وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الا ترى الى **قوله تعالى** فبشروه بغلام عليم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة **قــــوله** لان الشرط قران النية اى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهى اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه فاما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا اثرله فى استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا فى المبسوط **قــــوله** فاما الشراء فشرطه * ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بعلة العتق لان الاهلية تشترط وقت اليمين لاعند وجود الشرط حتى لوجن بعد اليمين ووجد الشرط يترتب الحكم عليه وان لم يكن من اهله فكذا النية تشترط وقت اليمين **قــــوله** فاما العلة فهى القرابة لان العتق فى القريب بطريق الصلة والقرابة وهى العلة للصلات كما فى النفقة والتزاور * قلنا العتق صلة وللملك تأثير فى استحقاق الصلة شرعا * * * * * * حتى

فكان

فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا * ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فتقدر بقدره فلايظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية وفى مسئلة الطلاق انما يظهر فى حق الشرط دون الجزاء حتى لوقال لهاان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجهاوطلقها واحدة لاتطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا * * * * * * * ولو

حتى تجب الزكوة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير فى استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يحاله على آخر الوصفين وجودالان تمام العلة به وآخر الوصفين الملك فيكون به معتقا ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق الى الشراء بواسطة الملك * وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه فقتله قتل به كانه جز رقبته بالسيف وان كان فعله رميا لان الرمى اوجب بعود السهم ومضيه فى الهواء وذاسبب الوقوع فى المرمى وذاسبب الجرح وذاسبب الموت فيضاف كله الى الرمى الذى هو العلة الاولى وصارت احكاما له وصار الرامى قاتلا فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار اعتاقا فيصير معتقا به وتأيد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اى بالشراء لانه لايحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فارواه وضربه فاوجعه اى بالسقى والضرب ولهذا اذا اشترى نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبد بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة آخرهما وجودا بخلاف ام الولد لان حقها مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لامن كل وجه فصار كانه اعتق ام الولد **قوله** فكان ذكره ذكر الملك * فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله تعالى لا يقول بالاقتضاء حتى ان من قال لآخر اعتق عبدك عنى بالف فاعتقه كان العتق واقعا عن المأمور * قلنا اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهى عن التأفيف * ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا دلالة * ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح فى الملك اومضافا اليه اوالى سببه ولم يوجد واحد منها اما الملك فظاهر واما الاضافة الى الملك فانه لم يقل ان ملكت امة واما الاضافة الى سبب الملك فلانه اضافها الى التسرى وهوليس بسبب لملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسرى عبارة عن التحصين والاسكان وهو ان يبوتها ويمنعها من الخروج عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع اومن السرور وهى سرور لمالكها اومن السرى وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء * وعند ابى يوسف رحمه الله طلب الولد شرط مع ذلك لان السرية فى العادة هى التى تطلب ولدها وواحد من هذه الاشياء ليس بسبب لملك الامة الاانه لايستغنى عن الملك فيصير الملك مذكورا اقتضاء ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر بقدره ولايتعدى عنه الى صحة الجزاء وهو العتق لان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها ولايعدو موضعها فلا يثبت الملك فيما وراء صحة التسرى فبقى الجزاء فى الملك وفى مسئلة الطلاق ظهر فى حق الشرط ولم يتعد الى الجزاء ايضا وانما يصح العتق وهو الجزاء ثمه لانه صادف الملك اذ ملكه فى العبد قائم فى الحال فكان ذكر الطلاق ذكر النكاح الذى لايستغنى عنه الطلاق لا ذكرا لما لا يستغنى عنه الجزاء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا فتزوجها ووطئها وطلقها واحدة لم يقع الثلث لان الملك صار مذكورا ضرورة فلم يتعد عنه الى صحة الجزاء فهذه وزان مسئلتنا ووزان ما استشهد به زفر رحمه الله انه يقول ان * * * تسريت

(ولو قال كل مملوك لى حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا (ولا يعتق مكاتبوه الاان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا) ولهذا لايملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين) لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه * وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار فى الاولين لما بين

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لايبيع او لايشترى او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد * * * * * * * * * الا

تسريت امة فعبدى هذا حر فاشترى امة فتسراها عتق عبده قوله يفهم الملك من التسرى بلا تأمل * قلنا ذا لايدل على انه ليس بثابت اقتضاء والطعام او الشراب يفهم من قوله ان اكلت اوشربت بلا تأمل وهو ثابت اقتضاء **قوله** ولو قال كل مملوك لى حر يعتق امهات اولاده ومدبروه ولو قال اردت الرجال بهذا اللفظ دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لايصدق فى القضاء والديانة جميعا لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه لان المملوك حقيقة الذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير عادة فان نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولهذا قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا وكذلك لو قال لم انو المدبرين لم يصدق فى القضاء وفى كتاب الايمان اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا فى القضاء ففيه روايتان كذا فى المبسوط **قوله** ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين ولو قال والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا حنث بكلام الاول او الاخيرين كقوله لااكلم هذا اوهذين * والفرق ان او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما وذا فى الطلاق فى موضع الاثبات فيخص فكانت المطلقة احدى الاوليين غير عين لان او دخلت عليهما فلما قال للثالثة وهذه صارت معطوفة على المطلقة لان الواو توجب الشركة فصار عطفا على التى هى محل الجزاء من الاوليين وهى احديهما غير عين اذسياق الكلام للايجاب * وانما يعطف الشئ على ما سيق له الكلام فصار كانه قال احديكما طالق وهذه ولو قال هكذا كان الجواب ما قلنا كذا هنا * وفى مسئلة الكلام فى موضع النفى فيعم عموم الافراد فصار كل فرد منفيا على حدة كقوله **تعالى** ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا وفلانا ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثانى فيصير كانه قال ولاهذين كذا هنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق او هاتان طالق وانه لايصح فجعل كانه قال هذه طالق او هذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا نطلق الثالثة وخير فى الاوليين كذا هنا وثم صار كانه قال لا اكلم هذا اولااكلم هذين وانه صحيح والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

اى من الطلاق والعتاق والضرب **قوله** ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه اى اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بان لايبيع اولا يشترى او لا يواجر * * * قوله

الا ان

الا ان ينوى ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لايتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لايتزوج او لايطلق اولايعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد يرجع الى الآمر لا اليه (ولو قال عنيت ان لا انكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى فى الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث فى يمينه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لاحقوق له ترجع الى المأمور (ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء) بخلاف ما تقدم من الطلاق وغير ذلك * وجه الفرق ان الطلاق ليس الاتكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لاقضاء اما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجازا فاذانوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء (ومن حلف لايضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث فى يمينه) لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الائتمار بامره فيضاف الفعل اليه (ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث) * * * * * * * * لان

قــــوله الا ان ينوى ذلك اى ينوى فى يمينه لايبيع او لا يشترى او لا يؤاجر ان لايأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث بالامر والاستثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث قــــوله او يكون الحالف ذا سلطان عطف على ان ينوى اى لايتولى العقد بنفسه فامر غيره يحنث اى اذا باشره المأمور ولو فعل ذلك بنفسه يحنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان يباشر تاره ويفوض اخرى يعتبر الغالب * والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لايحنث الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقة وحكما والايحنث ويصير العاقد سفيرا او الآمر فاعلا فمايحنث بالمباشرة لابالامر بالبيع والشراء والاعارة والاستيجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحنث بالمباشرة والامر بالنكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمدا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى لو حلف لا يتزوج او لا يطلق او لايعتق فوكل بذلك ففعل حنث * وعند الشافعى رحمه الله لايحنث لوجود التطليق من المأمور حقيقة ومن الامر حكما فوجد شرط الحنث عن الحالف من وجه دون وجه فلايحنث كما فى البيع ونحوه * ولنا ان عوض الحالف التوقى عن حكم العقد وحقوقه وشىء من احكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور بل ينقل العقد بجميع الاحكام الى الآمر وصار المأمور سفيرا ولهذا يضيفه الى الآمر لا الى نفسه قــــوله لان المالك له ولاية ضرب عبده بخلاف ما اذا حلف ان لا يضرب حرا فامر غيره فضربه لايحنث لان امر المولى غيره صح لانه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك امر غيره به ولهذا سقط الضمان عن المأمور وامره بضرب الحر لم يصح لانه لايملك ضربه بنفسه الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به قــــوله اما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف باثره وهو الايلام فحقيقته عند اسناده الى نفسه ان يفعله بنفسه والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة * * * * * * * * * * كلامه

لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذالبيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبالك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره اوبغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضى الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له * ونظيره الصباغة والخياطة وكل ما تجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لايحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه فى الوجهين (ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء (وكذلك ان قال المشترى ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا) لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه* وهذا

كلامه فيصدق ديانة وقضاء بخلاف الطلاق والعتاق لانه ليس الا كلام يفضى الى الطلاق والعتاق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فينتظمهما اللفظ وهو قوله لايطلق فاذانوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص فى العام وهو خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء وهذا هو الفرق الذى وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق * وقيل ذكر القضاء فى مسئلة الضرب رواية فى الطلاق لانه فى الموضعين اذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء فى الفصلين **قوله** لان حرف اللام دخل على البيع حيث قال ان بعت لك ثوبا فيقتضى اختصاصه به اى اختصاص البيع بالمحلوف عليه * وفى قوله ان بعت ثوبا لك دخل حرف اللام على العين لانه اقرب اليه فيقتضى اختصاص العين بالمحلوف عليه فان نوى الثانى بالاول او الاول بالثانى صحت نيته لانه نوى ما يحتمله اللفظ بالتقديم و التأخير **قوله** بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله قيل المراد بالغلام الولد لاالعبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير الاجارة لا نظير الاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى * وقيل المراد به العبد لان المراد بجريان الوكالة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق تلحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد ما فكان كالاكل * وفى الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله لوقال ان ضربت لك عبدا او ضربت عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك فانصرف اللام الى ما يملك ويؤخر المقدم وفى الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد **قوله** فى الوجهين اى دخل اللام فى الفعل او العين **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط * فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به اذا علق به العتق * قلنا جواز البيع باعتبار المالية وليس فى المالية معنى ينبوعن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الا نسانية الاترى انه يختص ببنى آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب و القبول لانها تقتضى الحرية و النكاح رق على ما جاء فى الحديث فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا فى الفوائد الظهيرية قوله

***

وهذا

هذا

وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق اودبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهوعدم البيع بفوات محلية البيع (واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق ثلثا طلقت هذه التى حلفته فى القضاء) وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به * ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * باب اليمين

قـــوله وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك للمشترى عندهما قـــوله والمعلق كالمنجز * فان قيل فى المنجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التنجيز فاقتضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضى ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاء * قلنا لما امكن ايقاع العتق من وجه بفسخ الخيار لم يتأخر الى مضى مدة الخيار لان العتق مما يحتاط فى اثباته ومن الاحتياط تعجيله لاتأخيره وقد تنجز من وجه * وانما لم يعتق عليه قريبه اذا اشتراه بشرط الخيار لان الملك وخيار المشترى فى شرى القريب لم توجد كلمة الاعتاق بعد الشراء وانما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشترى عند ابى حنيفة رحمه الله يمنع ثبوت الملك للمشترى فلا يعتق قبل سقوط الخيار واما ههنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ولوقال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لايترك فى غير الملك قـــوله لان الشرط قد تحقق وهوعدم البيع بفوات محلية البيع فان قيل المحلية فى التدبير باقية فانه يتمكن بيع المدبر اذا قضى القاضى بجواز بيعه * قلنا عند القضاء بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير وقد قلنا ان بيع المدبر لايجوز فكان المحل فانيا والحكم لايبنى على ما يظهر عند قضاء القاضى فى المجتهدات فان قيل لم يقع اليأس فى الجارية عن بيعها بالتحرير والتدبير لجواز ان يرتد فسبى بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها * قلنا الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقق الياس بالتحرير والتدبير وما ذكرت موهوم والاحكام لا يبنى على الموهومات فتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل قـــوله لانه اخرجها جوابا فينطبق عليه * فان قيل زاد على قدر الجواب * قلنا الزيادة على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب اذا لغت الزيادة متى جعل جوابا ولا يلغو الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطليق غيرها لجواز ان يقع فى قلبها انه اراد بما قال غير التى ظنت قـــوله وقد زاد على حرف الجواب اذجوابه ان يقول ان فعلت فهى طالق ثلاثا قـــوله ومع التردد لايصلح مقيدا اى الغرض لايصلح مقيدا مع التردد فيه وذكر شمس الائمة رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير ان ما ذكره ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اصح عندى والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * * باب اليمين

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

(ومن قال وهو فى الكعبة او فى غيرها على المشى الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما) وفى القياس لا يلزمه شئ لانه التزم ماليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الاصل * ومذهبنا مأثور عن على رضى الله عنه ولأن الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ما شيا فيلزمه ما شيا وان شاء ركب واهرق دما وقد ذكرناه فى المناسك (ولو قال على الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى) فلا شئ عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشى الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شئ عليه) وهذا عند ابيحنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فى قوله على المشى الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف * لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه * وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا (ومن قال عبدى حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط * ولهما انها قامت على النفى لان المقصود منها نفى الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج * * * غاية

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

قوله ومن قال وهو فى الكعبة او فى غيرها على المشى الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ما شيا هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشى الى بيت الله تعالى فامرها النبى عليه السلام ان تحرم بحجة او عمرة وعرفا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة نصا فصار كما لو قال على احرام حجة او عمرة ماشيا ولو قال ذلك لزمه احرام حجة او عمرة كذا هنا * ولا فرق بين ان يكون الناذر فى الكعبة او خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام عرفا اذ الاحرام باحد النسكين لا يكون بلا مشى فكان من لوازم الاحرام وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والعرف لا يختلف بين كونه فى الكعبة او خارجا منها وفى القياس لا يلزمه شئ لان النذر انما يصح بما شرع قربة لعينه والمشى ليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الاصل اى فى اصل الحج او العمرة وانما يقصد به الكمال وانما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء * فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجبا من جنسه قصدا * قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة * فان قيل الاعتكاف يصح فى الليل وان كان الصوم لايصح فيه * قلنا صحة الاعتكاف فى الليل تبع لصحة الاعتكاف فى اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف فى الليل منفردا عن اليوم لا يصح او نقول صحة الاعتكاف باعتبار انه انتظار للصلوة والاستدامة فيها والاستدامة فى الصلوة تصح فى الليل والنهار * فان قيل اذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر بان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغى ان لا يلزم عليه المشى فى طريق الحج كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل اهداء الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه * قلنا نعم كذلك الا ان الحج ماشيا فضيلة ليست هى للحج راكبا قال عليه السلام من حج ما شيا فله لكل خطوة حسنة من حسنات الحرم * وقيل ما حسنات الحرم قال واحدة منها بسبعمائة فاعتبر لفظه فى ايجاب المشى لاحراز تلك الفضيلة ومعناه فى ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك للتعارف فصار كناية عن ايجاب الحج ماشيا **قوله** فامتنع اصلا اى الايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين * * * * * * * * * * **قوله**

غاية الامر ان هذا النفى مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لايميز بين نفى ونفى تيسيرا (ومن حلف لايصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لايصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث) لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح فى تقدير المدة به (ولو حلف لايصلى فقام وقرء وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث) والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم * وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم ولانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثانى (ولو حلف لايصلى صلوة لا يحنث مالم يصل ركعتين) لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهى عن البتيراء والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدى عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه ان يهدى حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدى التصدق به بمكة لانه اسم لمايهدى اليها لهما ان النذر انما يصح فى الملك اومضافا الى سبب الملك ولم يوجد * * * * * * * لان

قوله غاية الامر ان هذا النفى مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادتهما انه لم يحج لانا لا ندرى هل شهدا عن علم ام بنيا على ظاهر العدم فلهذا لم يقبل ولهذا لو شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول انما وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفى لاحاطة علم الشاهد به كذا هنا قوله ولكنه لايميز بين نفى ونفى اى بين نفى يحيط به علم الشاهد وبين نفى لايحيط به علم الشاهد تيسيرا كما فى مسئلة الاستبراء والسفر والعقل مع البلوغ وغيرها فاما فى قول الشاهد ولم يقل قول النصارى انما قبلت الشهادة لان ذا عبارة عن السكوت وهو امر ثابت معاين * فان قيل الشهادة على النفى انما لم تقبل اذا لم تكن مقرونة بالاثبات اما اذا قرنت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث فلان لم نعلم له وارثا غيره حتى يدفع المال الى المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا امر ثبوتى والنفى يثبت ضمنا فاولى ان تقبل * قلنا التضحية وان كانت امرا وجوديا لكنها مما لايدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فبقى النفى مقصودا فاما الارث فمما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرا و ثبت النفى فى ضمن ذلك * فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى المبسوط فى كتاب الدعوى ان الشهادة على النفى يسمع فى الشروط ولهذا لوقال لعبده ان لم يدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعتقه ومانحن بصدده من قبيل الشروط * قلنا هو عبارة عن امر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار قوله لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطر وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقق الحنث بخلاف مما لو حلف لايصوم صوما * ولا يقال ان المصدر مذكور هنا ايضا * لانا نقول بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا قوله فما لم يأت بجميعها لايسمى صلوة الاترى انه لايقال صلى ركوعا اوسجودا وانما يقال صلى ركعة والله اعلم بالصواب

باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك

من النوم على الفراش والجلوس على السرير قوله لهما ان النذر انما يصح فى الملك اومضافا الى سبب الملك لقوله عليه السلام لانذر فيما لايملكه ابن آدم * * * * * * قوله

لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه * وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه * ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا (ومن حلف لايلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لانه ليس بحلى عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلى ولهذا لايحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لايحنث عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لانه حلى حقيقة حتى سمى به فى القرآن * وله انه لايتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد (ومن حلف لاينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراش اخر فنام عليه لا يحنث) لان مثل الشئ لايكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو لاحلف لايجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث) لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (ولوحلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط اوحصير حنث) لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * باب

قوله لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه لان غزلها قد يكون من قطنها **قوله** والمعتاد هو المراد فكانه قال من قطنى ومن قطن ساملكه ولهذا لو اشترى الزوج قطنا فغزلته ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج **قوله** وذلك سبب لملكه اى غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج فى المغزول ولهذا تحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر اى انما يحنث به لانه اضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكه القطن لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف اليه ولهذا لو قال ان لبست من غزلك من قطنى فهو هدى اجماعا وان اضافه الى المرأة بان قال ان لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديا اجماعا فلما اطلق ولم يقيد صرفناه الى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببا للملك والاضافة اليه اضافة الى سبب الملك ولهذا يحنث فيما اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وان لم يكن القطن مذكورا ولو اهدى بقيمة الثوب جاز وفى التزام هدى شاة لا يجوز اهداء قيمتها لان القربة فيها اراقة الدم وفى الثوب سد خلة الفقير والقيمة فيه كالعين * وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان وفى التزام هدى مالاينقل يهدى بقيمتها **قوله** ومن حلف لايلبس حليا بفتح الحاء وهو ما تتحلى به المرأة من ذهب اوفضة اوجوهر **قوله** حتى ابيح استعماله للرجال اى لوكان حليا يحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال واما حل التختم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختم به لا التزين اولما كان استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقصا فى معنى الحلى هذا اذا كان الخاتم فضة خالصة امااذاصنع الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح كذا فى الفوائد الظهيرية ولو لبس خلخا لا او دملوجا او سوارا يحنث سواء كان من ذهب او فضة لانه حلى كامل لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك **قوله** حتى سمى به فى القرآن قال الله تعالى ويستخرجون منه حلية وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ * والاصل فى الكلام هو الحقيقة * وله انه لا يتحلى به الا مرصعا والترصيع التركيب ومبنى الايمان على العرف فلاينصرف الاالى المرصع عند اطلاقه * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد **قوله** ومن حلف لاينام على فراش اى فراش بعينه **قوله** بخلاف ما اذا حال * * * * * * * * بينه

باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره

(ومن قال ان ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحيوة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لايتحقق فى الميت ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحيوة فى قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لايتحقق الا ان ينوى به الستر * وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس (قال وكذلك الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت * * * يزار

بينه وبين الارض لباسه اى وهو لابسه اما اذا نزعه وطرحه على الارض وجلس عليه لايحنث لانه حينئذ لم يبق تبعا له لان تبعيته باعتبار لبسه وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط او الحصير والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره
اى الغسل والكسوة

قـــوله لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر ايوب عليه السلام فى يمينه بهذا الضرب وان لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش اوريحان فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه * قلنا جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص فى حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له فى حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث بانه حزمة من حشيش او ريحان * وروى عن ابن عباس رضى الله عنه ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها حينئذ * وفى الكشاف وهذه الرخصة باقية* وعن النبى عليه السلام انه اتى بمخدج اى برجل ناقص الخلق قد جنث بامة فقال خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة ويجب ان يصيب المضروب كل واحد من المائة اما اطرافها قائمة * واما اعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب * وفى شرح الطحاوى ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر فى يمينه والايلام شرط فيه لان القصد من الضرب الايلام

قـــوله ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحيوة ثم من كل وجه عند البعض وبقدر ما يتألم عند البعض * وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية * وعن ابى الحسين الصالحى يعذب الميت من غير حيوة اذ الحيوة عنده ليست بشرط لثبوت العلم * وقيد بقوله فى قول العامة احترازا عن قوله

قـــوله وكذلك الكسوة يعنى لو قال ان كسوتك فعبدى حر قـــوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اى من غير تمليك ولو حلف لايلبس فلانا فالبسه بعد ما مات حنث لان الالباس هو الستر والميت يستر كما يستتر الحى قـــوله وكذلك الكلام بان حلف لايكلم فلانا اولايدخل دار فلان لان المقصود من الكلام الافهام وذا بالاسماع وذا لايتحقق بعد الموت * فان قيل روى ان قتلى بدر من المشركين لما القوا فى القليب قام رسول الله عليه السلام على رأس القليب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضى الله عنه انكلم الميت يارسول الله فقال ماانتم باسمع من هؤلاء * قلنا هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رضى الله عنها قالت كذبتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وما انت بمسمع من فى القبور ثم لوصح ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه السلام * * وقيل

يزار قبره لا هو (ولو قال ان غسلتك فعبدى حر فغسله بعد ما مات يحنث) لان الغسل هو الاسالة * ومعناه التطهير ويتحقق ذلك فى الميت (ومن حلف لايضرب امرأته فمد شعرها اوخنقها اوعضها حنث) لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام * وقيل لا يحنث فى حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لاضربا (ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادى (وان لم يعلم لايحنث) لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس فى تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى تقاضى الدراهم

(ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون شهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر) لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا و لهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر (ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم) * * * * * * * * وجد

* وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لا افهام الموتى ونظيره ما روى ان عليا رضى الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين اما نساؤكم فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك حوارا اى مقالا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للجمادات والموتى **قوله** يزار قبره لا هو لان من طاف بباب رجل لم يعد زائرا له ولو دخل عليه وهو نائم لايعد زائرا له فهنا اولى **قوله** ومعناه التطهير ويتحقق ذلك فى الميت الاترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل بعد لايجوز ولوكان غسيلاتجوزصلوته **قوله** فمد شعرها او خنقها او عضها حنث قالوا هذا اذا كان اليمين بالعربية ولو كانت بالفارسية لايحنث كذا ذكره التمرتاشى رحمه الله وقال فى الاصل او وجأها اوقرصها * وقال الشافعى رحمه الله لايحنث لان هذه الاشياء لايسمى ضربا عادة **قوله** وقيل لايحنث فى حال الملاعبة اى وان آلمها لانه لم يتعارف هذا ضربا بل ممازحة كذا فى الفوائد الظهيرية * وهذا يدل على انه لوضربها بآلة فى حالة الملاعبة لايحنث ايضا لانه يسمى ممازحة لاضربا * وفى التفاريق الضرب لايقع على الرامى بحجر اوغيره كذا ذكره التمرتاشى رحمه الله **قوله** ثم يحنث للعجز العادى هو منسوب الى العادة اى لانه عاجز عادة لانه لا اعادة للحيوة قبل اليوم الموعود فى العادة فيتحقق العجز عن اعادتها عادة **قوله** وليس فى تلك المسئلة تفصيل العلم اى فى مسئلة الكوز **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر فى شرح الطحاوى فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لاماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق * وروى عن ابى حنيفة رحمه الله فى رواية اخرى انه لايحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر رحمه الله والصحيح ما ذكر فى الكتاب كذا فى الفوائد الظهيرية وقد تقدم الفرق بين مسئلة الكوز ومسئلة القتل والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى تقاضى الدراهم

قوله فهو اكثر من الشهر الحكم فى شهر كذلك لكنه ذكر الاكثر فى مقابلة ما دون الشهر * قوله

وجد

(وجد فلان بعضها زيوفا اونبهرجة اومستحقة لم يحنث الحالف) لان الزيافة عيب والعيب لايعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق (وان وجدها رصاصا اوستوقة حنث) لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لايجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم (وان باعه بها عبدا و قبضه بر فى يمينه) لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به (وان وهبها له) يعنى الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين (ومن حلف لايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه) * * * * * * * * * * * * * * * لان

قـــوله وجد فلان بعضها زيوفا ارنبهرجة فى المغرب زافت عليه دراهمه اى صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف * وقيل هى دون النبهرج فى الرداءة لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار * وقياس مصدره الزيوف واما الزيافة فمن لغة الفقهاء * والستوق بالفتح ارداء من النبهرج * وعن الكرخى رحمه الله الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب الاكثر فيه * وقيل هو تعريب سه تو وهو ان يكون داخله نحاسا وخارجه فضة قـــوله فلا يرتفع برده البر المتحقق جواب عما يقال لمارد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كان لم يكن فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض فى حق حكم يقبل الانتقاض والبر لايحتمل الانتقاض لان اليمين قد انحلت به * وفى الايضاح والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلايثبت الحنث فى اليمين المنحلة لان الحنث يقتضى قيام اليمين ولم يبق اليمين قـــوله حتى لايجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم لانه يكون استبدالا لا استيفاء وهذا ايضاح انه ليس من جنس الدراهم قـــوله وان باعه بها عبدا وقبضه اى المشترى العبد وانما شرط القبض لان الثمن بنفس البيع وان وجب على المشترى الا انه بعرضه السقوط وتقرره بالقبض فشرط القبض لهذا قـــوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة * ووجه ذلك هو ان مايقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اى مثل ما فى ذمته فيلتقيان قصاصا واذا ثبت ان طريق قضاء الدين ماقلنا وقعت المقاصة بين الدين و بين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاء لان ثمن العبد آخر الدينين وجوبا وآخر الدينين وجوبا قضاء لا اولهما وجوبا اذ القضاء يتلو الوجوب قـــوله وان وهبها له يعنى الدين لم يبر * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وقوله فى الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم انه يحنث وليس كذلك لان اليمين لما كانت موقتة باليوم فاذا وهبه له قبل مضى اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجئ وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما لو قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل مضى اليوم فان اليمين تبطل عندهما والجواب ان قوله لم يبر ساكت عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث ايضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثانى تصحيحا لكلامه ولو لم يتقيد باليوم يستقيم كما فى مسئلة الكوز * وذكر فى الفوائد الظهيرية بخلاف ما اذا وهبها اذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هى اسقاط * * * * * * * * * وابراء

لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الاترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الابه (فان قبض دينه فى وزنين ولم يتشاغل بينهما الابعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لى الامائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الاخمسين درهما لم يحنث) لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها (وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة) لان كل ذلك اداة الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * *

مسائل متفرقة

(واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا) لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر فى يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باىّ فعل فعله وانما يحنث لوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل (واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته) لان المقصود منه دفع شره اوشر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية * ومن

وابراء غير انه ان لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه جهة فى بطلان اليمين على ما عرف فى مسئلة الكوز * وفى فوائد الخبازى رحمه الله * وقيل ذكر اليوم فى وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب * وذكر فخر الاسلام على البزدوى والشيخ الامام شمس الائمة السرخسى والشيخ الامام ابو المعين النسفى رحمهم الله هذه المسئلة فى كتبهم مطلقة غير موقتة باليوم فعلى هذا معنى قوله لايبر يحنث لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح وهو انه لا يبر لبطلان اليمين فلايحنث **قوله** لان الشرط اى شرط الحنث قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعنى ان شرط الحنث شيئان احدهما قبض الكل والثانى وصف التفرق فيه فاذا وجد احدهما دون الآخر لايحنث ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنث **قوله** ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلهذا لا يحنث والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * *

مسائل متفرقة

قوله فعم الامتناع ضرورة عموم النفى لانه نفى الفعل مطلقا فيقتضى عدم الفعل فى جميع العمر ضرورة عموم النفى ووجوده فى جزء منه ينافى العدم فى جميعه **قوله** فيبر باى فعل فعله اى مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق التوكيل **قوله** بكل داعر * الداعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهى من قولهم عود داعر اى كثير الدخان كذا فى المغرب **قوله** وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب الرفع بعد العزل لانه مفيد لاحتمال ان يؤتى ثانيا فيؤدب الداعر ثم ان الحالف لو علم بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لايحنث بمجرد انه لم يعلم لانه جعل شرط الحنث ترك الاعلام وبالتأخير لا يتحقق الترك مادام سلطانا واما اذا لم يعلمه حتى مات المستحلف اوعزل فحينئذ يحنث الحالف ولا ينفعه اعلام السلطان الذى جاء بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول كذا فى الذخيرة * * * * * * * * * * قوله

(ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر فى يمينه) خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله * ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين (ومن حلف لايشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لايحنث) لانه اسم ما لاساق له ولهما ساق (ولو حلف لا يشترى بنفسجا ولانية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه * وقيل فى عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفى البنفسج قاض عليه والله تعالى اعلم * * * * * * * * * * * * كتاب

قــــوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه اى قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر فى يمينه وكذا لو حلف لايهب عبده من فلان فوهبه ولو يقبل حنث وقال زفر رحمه الله لم يحنث ما لم يقبلها ويقبضها لان الهبة لايصح الا بهما * ولنا ان الهبة اسم لايجاب الملك من جانب وقد وجد * وفى الذخيرة الهبة هى التمليك من جانب الواهب وذلك فى قوله وهبت ولاتعلق له بالقبول وانما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة لاحكمها * وفى جامع بكر رحمه الله هذا كما لو حلف لايقر له بشئ او لايوصى ففعل ولم يقبل الآخر حنث * ثم اختلف اصحابنا رحمهم الله قال بعضهم الملك يثبت قبل القبول الا ان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة * وقال بعضهم لايثبت لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة والكتابة لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية والهدية والنحلى والعمرى والاعارة كالهبة * وفى الكفاية وكذا القرض * وعن ابى يوسف رحمه الله رواية اخرى ان قبول المستقرض شرط لان القرض فى حكم المعاوضة قــــوله ومن حلف لايشم ريحانا الخ* الريحان هو كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريحان ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالآس* والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا فى المغرب وفى عرف اهل العراق الريحان اسم لما لا قيام له على الساق من البقل مماله رائحة طيبة ويستنبت فى كل عام كالضميران ونحوه* وفى المبسوط ولو حلف لايشم ريحانا فشم آسا وما اشبهه من الريا حين حنث وان شم الياسمين اوالورد لايحنث لانهما من جملة الاشجار والريا حين اسم لماليس له شجر الاترى ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان الى ان قال والحب ذوالعصف والريحان فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا ان ماله شجر ليس بريحان وان كانت له رائحة مستلذة قــــوله ولو حلف لايشترى بنفسجا وفى المبسوط اذا حلف لا يشترى بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعى رحمه الله لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج لان المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكنا نعتبر العرف فاذا اطلق البنفسج يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا * ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث* وذكر الكرخى رحمه الله فى كتابه انه يحنث ايضا وهذا شئ يبتنى على العرف ففى اهل الكوفة فى ذلك الوقت بائع الورق لايسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك * ثم شاهد الكرخى عرف اهل بغداد انهم يسمون به بائع الورق ايضا فقال يحنث وهكذا فى ديارنا ولانقول ان اللفظ فى احدهما حقيقة وفى الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة او يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والخيرى كالبنفسج واما الورد والحنا قال فانى استحسن ان اجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث قــــوله والعرف مقرر له لان اسم الورد حقيقة فى ورقه وفى العرف يراد به الورق ايضا فكان العرف مقررا له وفى البنفسج قاض عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به فى العرف دهنه فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف والله تعالى اعلم بالصواب * كتاب

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب * وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه فى حق الكافر (قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعى متعذر فيكتفى بالظاهر (فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه الصلوة والسلام للذى قذف امرأته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده * * * * * فاذا

كتاب الحدود

قوله وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى احترز بالمقدرة عن التعزير وبقوله حقا لله تعالى عن القصاص * قيل تقديرات الشرع على اربعة انواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود * ومنها ما لايمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدرى نفس ما ذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا نكسب فى هذا اليوم فى الزمان الثانى ولا فى بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك * ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند ابى حنيفة رحمه الله * ومنها ما هو يمتنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر قوله والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد وهو اختلاط الانساب فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم * وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم * وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم قوله والطهرة ليست اصلية لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلا للثواب فلا يحصل به الطهرة فان تاب كان الحد طهرة له والا لا يكون طهرة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى فى حد قطاع الطريق ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم

قوله الزنا يمد ويقصر فالقصر لاهل الحجاز قال الله تعالى ولاتقربوا الزنا والمد لاهل نجد * قال الفرزدق * ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا * الخرطوم الخمر المسكر بفتح الكاف من التسكير المخمور يخاطب به الرجل المكنى بابى حاضر والنسبة الى المقصور زنوى والى الممدود زناوى كذا فى الصحاح قوله يثبت بالبينة والاقرار اى عند الامام وعلم القاضى ليس بحجة فى الحدود باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضى اعتباره لان علمه فوق البينة والاقرار قوله والاشاعة ضده اى ضد الستر فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب اليم فى الدنيا والآخرة * قوله

فاذا

(فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى) لان النبى عليه السلام استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط فى ذلك واجب لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه او زنى فى دار الحرب او فى المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطىء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيا لا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة فى الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابيحنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه فى الشهادات ان شاء الله تعالى * قال فى الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لايحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى (قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات فى اربعة مجالس من مجلس المقر كلما اقرره القاضى) فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبى والمجنون غير معتبر اوهو غير موجب للحد * واشتراط الاربع مذهبنا * وعند الشافعى رحمه الله يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد فى الشهادة * ولنا حديث ماعز رضى الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات فى اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر * * ولابد

قــــوله فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو اما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعلهما على الحد الذى ذكر من تفسير الزنا فان من الناس من يعتقد فى كل وطىء انه زنى ولان الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليد ان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك او يكذب والحد لا يجب الا بالجماع فى الفرج * واما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج * وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه * واما السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا فى دار الحرب * واما السؤال عن الوقت فللاحتراز عن ان يكون العهد متقادما وحد الزنا لايقام بعد تقادم العهد عندنا * واما السؤال عن المزنى بها فللاحتراز عن ان يكون له نكاح اوشبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضى قــــوله وقالوا رأيناه وطئها هذا جواب عما هو وقوله كالميل فى المكحلة جواب كيف هو * ميل المكحلة خشبتها التى يكتحل بها والمكحلة بضمتين وعاء الكحل والجمع مكاحل قــــوله يحبسه حتى يسأل عن الشهود * فان قيل الحبس ينافى الاحتيال للدرء فينبغى ان لايشرع كاخذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا قــــوله فى اربعة مجالس من مجالس المقر * وقال ابن ابى ليلى يقام بالاقرار اربع مرات وان كان فى مجلس واحد اعتبارا للاقرار بالشهادة بعلة انه احد حجتى الزنا قــــوله اعتبارا بسائر الحقوق يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا قــــوله بخلاف زيادة العدد فى الشهادة لان زيادة طمانينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد قــــوله ولنا حديث ما عز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فطهرنى فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فلما قال فى المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها * * * * * * * * * فابى

ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لايراه ثم يجيء فيقر هو المروى عن ابي حنيفة رحمه الله لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة (قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار * وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه (فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد اوفي وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف * ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت) لقوله عليه السلام لما عز رضى الله عنه لعلك مسستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها اووطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * فصل

فابى الى ان اقر بصريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط * فان قيل انما اعرض النبي عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعدذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال ابك خبل ابك جنون * قلنا اماالحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لادليل الجنون وانما قال رسول الله عليه السلام ابك خبل ابك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطيء فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق اسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روى ان ابا بكر رضى الله عنه قال لما عز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لابلاء العذر لعلق الامر بثلث لا باربع كذا في الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليظ مالم يظهر في سائر الاشياء من ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط في احد الحجتين من العدد ما لم يشترط في سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار الاقرار كذا في المبسوط **قوله** ولابد من اختلاف المجالس لما روينا اراد به قوله الى ان يتم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فعنده اى فعند اتحاد المجلس **قوله** فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي اى اتحاد مجلس المقر معتبر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي **قوله** والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر بان يقول ابك خبل ابك جنون كما مر من لفظ الحديث * وفي الايضاح وينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتنحيته لما روى عن النبي عليه السلام انه طرد ماعزا * وعن عمر رضى الله عنه انه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا **قوله** كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لايبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لايبطل الاقرار بانكاره لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالآخر * قلنا ان انكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطلا له **قوله** ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع اى ليس احد يكذبه فيه فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق قوله وهذا قريب

فصل

فصل فى كيفية الحد واقامته

(واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلوة والسلام رجم ما عزا وقد احصن وقال فى الحديث المعروف وزنى بعد الاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله عنهم قال (ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) وكذا روى عن على رضى الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بداءته احتيال للدرء* وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لانشترط بداءته اعتبارا بالجلد * قلنا كل واحد لايحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا اوغابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى عن على رضى الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام فى ماعز رضى الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبى عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ فى حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به * * * * * قال

من الاول اى قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها او قبلتها فى المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما ان فى كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى كيفية الحد واقامته

قــــوله فى الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف قــــوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم اى على وجوب الرجم اذا كان الزانى محصنا * الرجم حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة الاعلى قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم يكن فى حيز التواتر قــــوله وكذا اذا ماتوا اوغابوا فى ظاهر الرواية احترز به عما روى عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه فانه ذكر فى الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم اوكانوا غيبا اوماتوا اومات بعضهم اوعمى بعضهم اوخرس اوجن اوارتد او قذف مسلما فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه * وروى انهم اذا امتنعوا اوغابوا رجم الامام ثم الناس كذا فى الذخيرة فاذا كان الشهود مقطوع اليدين فى الاصل لايمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة * وفى الايضاح ولابأس بكل من رمى ان يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا انه اذا كان ذارحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب ان يتعمد قتله * وقد روى عن حنظلة بن ابى عامر رضى الله عنه انه استأذن رسول الله عليه السلام فى قتل ابيه وكان هو كافرا فمنعه عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة* الغامدية امرأة من غامد حى من الازد * والجلدة ضرب الجلد ومنه جلدة الجلاد * * * * قــــوله

(قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا رضى الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد فى الحدود ولان التجريد ابلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فليتوقاه (ويفرق الضرب على اعضائه) لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف (قال الارأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا * وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا ثم رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابى بكر رضى الله تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا * قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد فى حربى كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق (ويضرب فى الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه * ثم قوله غير ممدود فقد قيل المدان يلقى على وجه الارض ويمد كما يفعل فى زماننا * وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه * وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ (والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان * * * * * * وتضرب

قوله بسوط لاثمرة له * ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهى عذبته وذنبه طرفه * وفى المجمل والصحاح ثمرة السوط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لاثمرة له يعنى العقدة والاول اصح لماذكر الطحاوى رحمه الله ان عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية له ذنبان اربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا فى المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغى للقاضى ان يأمر الجلاد ان لايضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور فى الكتب لا ثمرة له اى لا عقدة عليه قوله بين المبرح برحاء الحمى وغيرها شدة الاذى يقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا فى الصحاح قوله ويفرق الضرب على اعضائه ذكر فى المبسوط ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة فى كل عضو قوله والمذاكير هى جمع الذكر الذى هو العضو على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل وبين الذكر الذى هو العضو * ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم لشابت مفارق رأسه كذا فى الصحاح والمغرب * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه فى ضرب الحد يتقى الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره فى الذخيرة قوله قال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا * وفى الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا او سوطين لايخشى منه الفساد قوله وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب * والمراد به الجلد لان الرجم لاينتصف والآية نزلت فى الاماء والحكم فى العبيد كذلك بدلالة النص * * * * وانما

(وتضرب جالسة) لما روينا ولانه استر لها (وان حفر لها فى الرجم جاز) لانه عليه الصلوة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لايضره لانه عليه الصلوة والسلام لم يأمر بذلك وهى مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر (ويحفر الى الصدر) لما روينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام ماحفر لماعز رضى الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير فى الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه مالايملكه الامام فصار كالتعزير * ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لايسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام اونائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبى وحق الشرع موضوع عنه * قال

وانما خصص بالذكر لغلبة اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة فى تقديم الزانية على الزانى بخلاف السارق والسارقة **قوله** وتضرب جالسة لما روينا اى من حديث على رضى الله عنه والنساء قعودا * الثندوة بفتح الاول والواو او الضم والهمزة مكان الواو والدال فى الحالين مضمومة ثدى الرجل او لحم الثديين كذا فى المغرب * الهمدانية بسكون الميم **قوله** ماحفر لماعز رضى الله عنه ولا ربط ولا امساك بل كان مطلقا حتى هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الا ان يعجزهم فحينئذ يربط ويشد **قوله** وقال الشافعى رحمه الله له ان يقيمه اى الحد الذى هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفى حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما فان كان مكاتبا او ذميا او مرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام اقيموا الحدود على ماملكت ايمانكم وقال اذا زنت امة احدكم فليجلدها وفى رواية فليحدها ولان له ولاية مطلقة عليه فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه اقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام الاترى ان المولى هو الذى تزوج دون الولى بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يتزوج الابعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير * ولنا ما روى عن العبادلة الثلثة موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفئ ولان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنيابة عن الله تعالى والامام هو المتعين فى نيابة الله تعالى او نائبه فاما الولى فولايته بالملك فلايصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتأديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقاله فيكون بسبيل منه الاترى انه يعزر من لايخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتأديب فى الدواب فانه حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى او ابى دل انه لاتثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الآدمية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبارها مبقى على اصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولايصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما فى طلاق زوجته * وقوله اقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله **تعالى** فاجلدوا فاقطعوا * وفائدة تخصيص المماليك ان لايحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم او المراد التسبيب * * * * والمرافعة

(قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذكفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطى الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ * والشافعى رحمه الله تعالى يخالفنا فى اشتراط الاسلام * وكذا ابويوسف رحمه الله فى رواية *لهما ما روى ان النبى عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا * قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ *يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر فى الدخول الايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل * وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب فى الصبية لقلة رغبتها فيه وفى المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين * وابو يوسف رحمه الله يخالفهما فى الكافرة * والحجة

والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشئ الى المباشر تارة والى المسبب اخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالى بذلك وكل الموالى لا يملكون المباشرة بالاجماع **قوله** واحصان الرجم وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجئ ان شاء الله تعالى * وفى المبسوط وللاحصان الذى يتعلق به الرجم شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبع العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر فى صفة الاحصان والاسلام والاصح ان يقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هى مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون اهلا لالتزام شئ من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا ان يكون شرط الاحصان على الخصوص * واما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ما عليه اصل حال الآدمى من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم افحش العقوبات فيستدعى اغلظ الجنايات والجناية فى الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون اغلظ ولهذا لا تشترط العفة عن الزنا فى هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا اغلظ فى الجريمة من الزنا بعد العفة **قوله** بخلاف الشرف والعلم متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر ان تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما ايضا من اجل النعم ولم يشترطا * فاجاب بان الشرع لم يرد به **قوله** والاصابة شبع بالوطئ الحلال يعنى الاصابة بطريق الحلال يحصل الشبع **قوله** وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى الكفر والمملوكية والجنون والصبا اى لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه الصفات عند الدخول * * * فان

والحجة

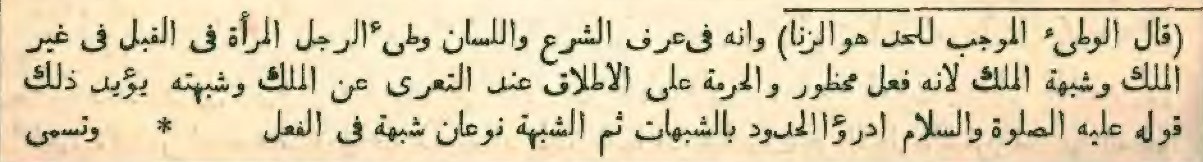
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد

(قال ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلوة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو فى العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه

(ولا يجمع فى البكر بين الجلد والنفى) والشافعى رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف * ولنا **قوله تعالى** فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء اوالى كونه كل المذكور ولان فى التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول على رضى الله تعالى عنه كفى بالنفى فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلوة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه فى موضعه * قال

* فان قيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة * قلنا صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه اشارة الى قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين **قوله** لقلة المعارف اى لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لهذا **قوله** رجوعا الى حرف الفاء لانه يقتضى ان يكون جزاء والجزاء انما يكون كافيا لانه من جزء بالهمز اى كفى اوالى كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذالموضع موضع الحاجة الى البيان فلو اوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا * ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن الاهل والوطن اخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسيب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم احد بربيه وهذا اقوى مما قاله لان ما ينشأ من الصحبة والموانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهوافحش **قوله** وهذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول على رضى الله عنه بصحة ما قلنا **قوله** الحديث منسوخ كشطره وهو الجمع بين الجلد والرجم وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ احد شطريه دليل بعدمه على آية الجلد فنسخ الحديث بشطريه باية الجلد ثم انتسخت قضية الآية فى حق المسلم المحصن بحديث ماعز فاستقرت الشريعة **قوله** وقد عرف طريقه فى موضعه وهو ما ذكر فى حديث العرنيين فان قوله عليه السلام استنزهوا البول يعارضه امره عليه الصلوة والسلام للعرنيين بشرب ابوال الابل رجعنا الى التأريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين وهو انه تعلق به شيئان المثلة واباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت فى ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطر حديث العرنيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على **قوله تعالى** الزانية والزانى الآية وذلك ان حكم الزنا كان فى ابتداء الاسلام الحبس فى البيوت والايذاء باللسان بقوله **تعالى** فامسكوهن فى البيوت وبقوله **تعالى** فاذوهما ثم نسخ ذلك بالحديث وهو ما روى عن النبى عليه السلام انه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عنى الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزانى قد نزل قبل هذا الحديث يقال عليه السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عنى علم ان قوله الزانية والزانى لم يكن نزل ثم نسخ * بقوله

(قال الا ان يرى فى ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة) لانه قد يفيد فى بعض الاحوال فيكون الرأى فيه الى الامام وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة رضى الله عنهم (واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضى الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدى الى هلاك الولد وهو نفس محترمة (وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها) اى ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل * وعن ابيحنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان فى التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعى حتى يستغنى ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله تعالى اعلم بالصواب



باب الوطىء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

(قال الوطىء الموجب للحد هو الزنا) وانه فى عرف الشرع واللسان وطىء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة فى الفعل * وتسمى

بقوله الزانية والزانى الآية فاذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية والزانى فكذلك الشطر الثانى **قــــوله** فيغربه على قدر مايرى وذلك تعزير وسياسة لاحد فلا يختص بالزنا بل يجوز فى كل جناية والرأى فيه الى الامام الا ترى ان النبى عليه السلام نفى هيت المخنث ونفى عمر رضى الله تعالى عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفى ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ما ذنبى يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب على حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وتغريب النبى عليه السلام والصحابة ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة الا ترى ان عمر رضى الله تعالى عنه ترك ذلك فانه نفى زانيا فارتد فلحق بالروم فحلف ان لا ينفى احدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف ان لا يقيمه **قــــوله** وقد روى انه عليه السلام قال للغامدية ارجعى حتى يستغنى ولدك فقالت انى اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجمها فدل ان الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا فى مبسوط فخر الاسلام رحمه الله والله اعلم بالصواب

باب الوطىء الذى يوجب الحد

قــــوله وطىء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك * فان قيل المرأة تحد حد الزنا ولا يصدق الحد على فعلها وانه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها * قلنا ذاك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا فلما تحقق المحدود بتمكينها ثبت فى حقها ايضا فلهذا اضيف اليها ووجب الحد عليها ايضا تبعا للرجل دل عليه انه اذا امتنع فى حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا او مجنونا لا يجب عليها الحد ايضا عند علمائنا الثلثة رحمهم الله لعدم التمكين من فعل هو زنا لان فعل * الصبى

وتسمى شبهة اشتباه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولابد من الظن لتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا يتوقف على ظن الجانى واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا فى الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال وهى فى العدة وام ولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن * ففى هذه المواضع لايجب الحد وان قال علمت انها على حرام * ثم الشبهة عند ابيحنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لاتثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال (ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع * * * * * * * ولا

الصبى والمجنون لايوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زنى بصبية او مجنونة حد دونها لتحقق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لانها غير مخاطبة قــوله وتسمى شبهة اشتباه اى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت انها على حرام حد قــوله وتسمى شبهة حكمية اى ناشئة عن دليل الشرع قــوله لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية زوجته تحل له بناء على ان الوطء نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطء قــوله والثانية تتحقق اى يكون شبهة فى حق الكل قــوله لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات قــوله جارية ابيه وكذا جارية جده وان علا قــوله والمطلقة ثلثا وهى فى العدة لان بعض احكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب لو جاءت بولد الى سنتين * فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع ام لا فينبغى ان يصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد * قلنا هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع للقاضى ان يقضى به ولو قضى لاينفذ ارأيت لو وطئها بعد العدة اكنا نسقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع قــوله وبائنا بالطلاق على مال وانما قيد البينونة بالمال لان البينونة اذا حصلت بدون المال فوطئها فى العدة فلاحد عليه وان قال علمت انها على حرام قــوله والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود لان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لايتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يصادف الوطء محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجارة فان عقد الاجارة لما لم يفد ملك المتعة بحال لم يورث قيام الاجارة فى المحل شبهة حكمية فعلى هذا كان ينبغى ان يجب عليه الحد اشتبه اولم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة الا انه لايجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشتبه لان ملك * * * * * المال

ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف (ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحد) لان الظن فى موضعه لان اثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار فى العدة

(ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضى الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب فى سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطىء جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها على حرام) لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة فى حق الجد (قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطىء جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها على حرام حد وكذا العبد اذا وطىء جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لى * * * * * * * والفحل

المال فى الجملة سبب للملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب الملك فى حق المال فيشتبه عليه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه * ووجه رواية كتاب الرهن انه اذا وطىء جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه اولم يشتبه قياسا على ما لو وطىء امة اشتراها على ان البائع بالخيار * وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن * واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك فى الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك * والجواب عن هذا ان البيع بخيار الشرط انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له سبب ملك المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا فى الذخيرة * وذكر فى الايضاح واما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت انها تحل لى فقد ذكر فى كتاب الرهن انه لا يجب عليه الحد وذكر فى كتاب الحدود انه يحد ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطىء حاصلا فى محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطىء جارية الميت قــــوله ولا يعتبر قول المخالف فيه وهو قول الروافض فعند الزيدية بايقاع الثلث جملة تقع واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع شىء ويزعمون انه قول على رضى الله عنه فينبغى ان يصير ذلك شبهة فى المحل كقول عمر رضى الله عنه فى الكنايات الا انه قول مهجور مخالف لقول الجمهور فلا يؤثر فى ايراث الشبهة فى المحل فقد صح عن على رضى الله عنه انه يقع الثلث جملة فيكون ذلك خلافا لا اختلافا اى قولا بلا دليل لا اختلافا ناشيا عن دليل فلا يعتبر قــــوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك فان مذهب عمر رضى الله عنه فى ذلك انه تقع واحدة رجعية ايضا * وابن مسعود رضى الله عنه معه فى قوله امرك بيدك فى انه تقع واحدة رجعية اذا نوى ثلثا قــــوله وولد ولده اى وان كان ولده حيا * وفى خزانة الفقيه ابى الليث رحمه الله اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال علمت انها على حرام لا يحد ويثبت النسب قــــوله والابوة قائمة فى حق الجد فى الكافى والجد كالاب لان الشبهة نشأت من جهة الابوة وهى قائمة لكن لا يثبت نسبه عند قيام الاب هذا يخالف ما ذكر فى الخزانة * * قوله

والفعل لم يدع فی الظاهر لان الفعل واحد (وان وطیٔ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لی حد) لانه لا انبساط فی المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوی الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لاحد عليه وعليه المهر) قضی بذلك علی رضی الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار فی موضع الاشتباه اذ الانسان لايميز بين امرأته وبين غيرها فی اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا فی رواية عن ابی يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة علی فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الی دليل وهذا لانه قد ينام علی فراشها غيرها من المحارم التی فی بيتها وكذا اذا كان اعمی لانه يمكن التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لايحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابی حنيفة رحمه الله) لكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك * وقال ابو يوسف ومحمد والشافعی رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الی الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهی من المحرمات * ولابی حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثی من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغی ان ينعقد فی جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر * * * * * * ومن

قوله والمحل لم يدع فی الظاهر ای فی ظاهر الرواية * وروی الحسن عن ابيحنيفة رحمه الله ان الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفحل حد لان المرأة تابعة فی فعل الزنا فالشبهة المتمكنة فی جانب التبع لا تعتبر فی جانب الاصل بخلاف ما اذا ادعی الرجل الظن لانه اصل فی الفعل * فان قيل يشكل هذا بما اذا زنی البالغ بصبية حيث يجب الحد علی البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد * قلنا نعم كذلك الا ان سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبية واما هنا عدم الوجوب علی الجارية باعتبار الشبهة والشبهة اذا تمكنت فی فعل واحد من احد الجانبين يؤثر فی الجانب الآخر لامحالة قوله وكذا سائر المحارم سوی الولاد لما بينا ای لا انبساط فی المال فلم يكن الظن مستندا الی دليل * فان قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعنی اذا سرق من مال اخيه واخته لا يقطع * قلنا لان بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استيذان وحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحل دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الحل ولا شبهة فيجب الحد قوله ومن زفت اليه غير امرأته والمزفوفة وان كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا ان الشارع انزل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا لضرر الغرور * ولهذا قلنا بثبوت نسبه كمن اشتری جارية ووطئها ثم استحقت فانه يعتبر الملك كالثابت فی المحل لدفع ضرر الغرور كذا هنا قوله ولا يحد قاذفه الا فی رواية عن ابی يوسف رحمه الله فان احصانه لايسقط عنده لانه بنی الحكم علی الظاهر فقد كان هذا الوطیٔ حلالا له فی الظاهر فلا يسقط احصانه * ولكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقی اعتبار الظاهر فی ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا فی المبسوط قوله وهذا لانه قد ينام علی فراشها غيرها من المحارم ای لايصلح مجرد النوم علی فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد قوله فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك ولو لم يقل انا زوجتك لكن اجابته بالفعل يحد كذا فی الايضاح قوله وقال ابو يوسف * * ومحمد

(ومن وطیٔ اجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شیٔ مقدر (ومن اتی امرأة فی الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابی حنيفة رحمه الله تعالی ويعزر وزاد فی الجامع الصغير ويودع فی السجن وقالا هو كالزنا) فيحد وهو احد قولی الشافعی رحمه الله وقال فی قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروی فارجموا الاعلی والاسفل * ولهما انه فی معنی الزنا لانه قضاء الشهوة فی محل مشتهی علی سبيل الكمال علی وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء * وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضی الله عنهم فی موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو فی معنی الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعی من احد الجانبين والداعی الی الزنا من الجانبين * * وما

ومحمد والشافعی رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك ای عالما بالحرمة وان قال ظننت انها تحل لی لا يحد عندهما ايضا **قوله** ومن وطیٔ اجنبية فيما دون الفرج كالتفخيذ والتبطين **قوله** ومن اتی امرأة فی الموضع المكروه فلا حد عليه عند ابی حنيفة رحمة الله تعالی عليه * وفی روضة الامام الزندويسی رحمه الله الخلاف فی الغلام اما لو وطیٔ امرأة فی الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف والاصح ان الكل علی الخلاف نص عليه فی الزيادات * ولو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لا يحد بلا خلاف **قوله** وقالا هو كالزنا فيحد ای يرجمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين **قوله** لهما انه فی معنی الزنا ای فی المعنی الذی تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان الحد انما وجب ثمه لانه قضاء الشهوة بسفح الماء فی محل مشتهی علی سبيل الكمال علی وجه تمحض حراما وهی مثله فی هذا بل ازيد فسفح الماء هنا ابلغ لانه يتوهم ان يكون ذلك حرث الولد بعيد ربه ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا ابين والمحل انما يصير مشتهی طبعا بالحرارة واللين وانه مثل القبل فی هذا وتمحض الحرمة هنا ابين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك هنا * وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضی الله عنهم فی موجبه * فعن الصديق رضی الله عنه يحرقان بالنار * وعن علی رضی الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين * وعن ابن عباس رضی الله عنه ينكسان من اعلی المواضع ويتبعان بالحجارة * وعن ابن الزبير رضی الله عنه يحبسان فی انتن المواضع حتی يموتا نتنا * وعن بعضهم يهدم عليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد فی موضع النص فكان هذا اتفاقا علی انها ليست بزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن الحاقها بالزنا بالدلالة لانها قصرت عنه فی المعانی الداعية الی شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلابد من وجود الداعی طبعا ليبعثه علی الفعل فيشرع الحد زجرا الاتری ان الحد شرع فی شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما داعيا فالرغبة فی الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعی شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فاما صاحبه ينبوعن هذا الفعل علی ما عليه الجبلة السليمة فيندر وقوعها فلا يستدعی شرع الزاجر وفی الزنا افساد الفراش واهلاك الولد لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه دونها فتقاصرت عنه فی المعانی الداعية الی شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكون قياسا ولا مدخل له فی الحدود * فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا ففی الحديث اذا اتی الرجل الرجل فهما زانيان ولانه فاحشة وهی فاحشة ايضا لقوله تعالی ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وقوله تعالی اتأتون الفاحشة فكانت زنا * قلنا هی ليست بزنا حقيقة * * لانه

وما رواه

وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه (ومن وطیٔ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية وفى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لايجب ستره الا انه يعزر لما بيناه * والذى يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى فى دار الحرب او فى دار البغى ثم خرج الينا لايقام عليه الحد) وعند الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه * ولنا قوله عليه السلام لاتقام الحدود فى دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولاتقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة * ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة (واذا دخل حربى دارنا بامان فزنى بذمية اوزنى ذمى بحربية يحد الذمى والذمية عند ابى حنيفة رحمه الله ولا يحد الحربى والحربية وهو قول محمد رحمه الله فى الذمى) يعنى اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربى بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابى يوسف رحمه الله اولا (وقال ابو يوسف رحمه الله * * * * * * * * * * يحدون

لانه ينفى عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى واتفقت الصحابة رضى الله عنهم انها ليست بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا فى موجبها **قوله** وما رواه اى الشافعى رحمه الله محمول على السياسة لانه امر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة او على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك **قوله** الا انه يعزر عنده لما بيناه وابو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير عينا لانه ارتكب محظورا وانه ليس بزنا عنده فيجب التعزير عينا وللامام ان يقتله اذا اعتاد الفاعل او المفعول به ذلك **قوله** ولهذا لا يجب ستره اى ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا اضمر ولو كان فى الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والدبر **قوله** الا انه يعزر لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر **قوله** والذى يروى انه تذبح البهيمة روى عن على بن ابيطالب رضى الله عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا * وتأويله انه فعل كذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية كذا فى المبسوط * ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق لما روى عن على رضى الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند ابى حنيفة رحمه الله ولاتحرق بالنار وعند ابى يوسف رحمه الله يحرق ويضمن ان كانت لغيره **قوله** ثم خرج الينا واقر عند الامام
قوله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لاتقام الحدود فى دار الحرب اى لايجب لانه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقايق ولان كل احد يعرف انه لايمكن اقامة الحدود فى دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد * فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل * قلنا خص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد **قوله** واذا دخل حربى دارنا بامان فزنى بذمية اوزنى ذمى بحربية آلخ * الخلاف هنا فى موضعين * احدهما ان الحربى المستأمن او الحربية المستأمنة اذا زنيا لم يحدا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف رحمه الله حدا والثانى ان تمكين المسلمة او الذمية من المستأمن يوجب الحد عليها عند ابى حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لايوجب اما الكلام فى الاول فالاصل عند ابى يوسف رحمه الله ان كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة فى دارنا الاحد الشرب وعندهما لاتقام * * * * على

يجنون كلهم) وهو قوله الآخر لابى يوسف رحمه الله ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات كما ان الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته * ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به فانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع فى الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنى فمحض الشرع * ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع اما الامتناع فى حق التبع لايوجب الامتناع فى حق الاصل * نظيره اذا زنى البالغ بصبية اومجنونة وتمكين البالغة من الصبى والمجنون * ولابى حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع * * * * * * * * * * على

على المستأمن شئ من الحدود الاحد القذف لان الاقامة تبتنى على الولاية والولاية تبتنى على الالتزام اذ لو الزمنا عليه حكما بلا التزامه لادى الى تنفره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة يحمله الى ذلك على الدخول فى دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم واما فى الثانى فالاصل ان الحد متى لم يجب على المرأة اصلا اوتعذر استيفاؤه لم يؤثر فى حق الرجل اجماعا فاما اذا لم ينعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لامانع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لايمنع وجوب الحد عليها عند ابى حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهى محل الفعل والمحال فى حكم الشروط فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعقد فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا يحد واما الامتناع فى حق التبع لايوجب امتناعه فى حق الاصل * نظيره زنى عاقل بالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ لكونه اصلا وزنى صبى او مجنون ببالغة عاقلة فانها لاتحد لكونها تابعة * ولابى حنيفة رحمه الله ان فعل المستأمن زنا بدليل انه لو قذفه قاذف بعد الاسلام لايلزمه الحد فصارت هى زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبى والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمات وان لم يخاطب باداء مايحتمل السقوط من العبادات الاترى ان الذمى يلزمه الحد ولا يجب قبل الخطاب فثبت ان الكفر لايمنع من الخطاب بالحرمات وانما لم يقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهو الالتزام لا لخلل فى فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة فى نفس الفعل دون حكم الفعل الاترى ان الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجلد الرجل وبرجم المرأة ولايصير ذلك شبهة فى حقها بخلاف الصبى والمجنون لانهما لايخاطبان فلم يكن فعلهما زنا قـــوله لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع اسم الحرمات يتناول المناهى نحو قوله تعالى ولاتقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلوة والصوم فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلوة قال الله تعالى ما سلككم فى سقر قالوا لم نك من المصلين الآية * قيل فى التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلوة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لايؤتون الزكوة اى يقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة فى الآخرة فاما فى وجوب * * * * الاداء

على

على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبى والمجنون لانهما لايخاطبان * ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لاتحد (واذا زنى الصبى او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع * لهما ان العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه وهذا لان كلامنهما مؤاخذ بفعله * ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هى محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد فى حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبى ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد (قال ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا يحد عليه) وكان ابوحنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا لايتصور من الرجل الا بعد انتشار الآلة وذلك آية الطواعية ثم رجع عنه فقال لاحد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لاطوعا كما فى النائم فاورث شبهة * * * * * * وان اكرهه

الاداء فلا يعاقبون فى احكام الدنيا ومذهب العراقيين من مشايخنا ان الخطاب متناول لهم ايضا والاداء واجب عليهم فانهم لايعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على انهم يعاقبون فى الآخرة على الامتناع من الاداء فى الدنيا ولان الكفر رأس المعاصى فلا يصلح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم ان سبب الوجوب متقرر فى حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم فى حقهم وصلاحية الذمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود فى حقهم فلوسقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك * ولامعنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لايتحقق حتى لوادى لم يكن معتدا به لانه متمكن من الاداء بشرط ان يقدم الايمان والخطاب به ثابت فى حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من اداء الصلوة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من اداء الصلوة ويتوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جان فى ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه بسبب جنايته الاترى ان زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لايسقط الخطاب باداء العبادات فسبب الكفر اولى * ومشايخ ديارنا يقولون انهم لايخاطبون باداء مايحتمل السقوط من العبادات قـــوله على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعى رحمه الله مخاطبون بها بناء على ان الشرائع عنده من نفس الايمان وهم مخاطبون بالايمان فيخاطبون بالشرائع * وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع قـــوله وفعل الصبى ليس بهذه الصفة فلم يكن المرأة مزنيا بها كالمضروب والمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضربا وقتلا وفعل الصبى والمجنون لا يكون زنا ولا يكون موصوفا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كيلا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهى ولا نهى فى حقهما فثبت فى حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغا عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة او صبية يكون مزنيا بها لوقوع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاقبة بعد ان يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا فيه * * * * * * * * قـــوله

(وان اكرهه غير السلطان حد عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا لايحد) لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره * وله ان الاكراه من غيره لايدوم الانادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لاحكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولاالخروج بالسلاح عليه (ومن اقر اربع مرات فى

مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هى تزوجنى او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلاحد عليه وعليه المهر فى ذلك) لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع * ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولوكان يوجبه فانما يوجبه فى العين كما فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفت والملك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فاورث شبهة

(قال وكل شىء صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره * * * * ولا

قــــوله وان اكرهه غير السلطان حد عند ابى حنيفة رحمه الله قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فللسلطان كان فى زمنه قوة وغلبة بحيث لايتجاسر احد على اكراه غيره وفى زمانهما ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيتحقق الاكراه من غير السلطان فافتى كل منهم بما عاين وفى زماننا ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيفتى بقولهما قــــوله وعليه المهر فى ذلك * فان قيل ينبغى ان لايجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفى وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها انها زانية ولاعقر لها* قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى فى ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر فى المفوضة فاذا توهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل قــــوله لانه ضمان دم وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال فلا يكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجناية بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للتملك ولو كان يوجبه فانما يوجبه فى العين لا فى منافع البضع لانها استوفت والملك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة بخلاف ما اذا اذهب عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لك ثبت فى الجثة العمياء وهو عين فاورث شبهة دارئة للحد اذ العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك فى الجارية المقتولة ضرورى ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر فى المنافع المستوفاة ولان فى الجارية المقتولة بالزنا وجب الموجب للملك فى الجارية وهو الضمان لا وجود الملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت فى الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة الملك فى الجارية العمياء يثبت فى المنافع المستوفاة منها شبهة الملك فعند شبهة الملك فى نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة فى المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها * قــــوله

ولا يمكنه

ولايمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لايفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولى الحق اما بتمكينه اوبالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة) وفى الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة اوبشرب خمر اوبزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعى رحمه الله تعالى هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذى هو احدى الحجتين * ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادى نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لايصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم * * * * * * * * بخلاف

قــــوله ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد لان فائدة الاقامة الزجر والزجر باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الخزى والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه اويقول ان الشرع ما جعل من عليه نائبا عنه فانعدم المستوفى فقلنا بانه لايجب قــــوله والقصاص والاموال منها اى من حقوق العباد فبهذا يعلم ان اشتراط قضاء القاضى فى القصاص لتمكين الولى من استيفائه لا انه شرط لا يجوز بدونه والله تعالى اعلم بالصواب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قــــوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام هذا من صورة المسئلة لا من حكمها اى شهدوا بحد متقادم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لوكانوا بعيدا عن الامام فمنعهم عن اداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقادم الزمان * وانما اعاد لفظ الجامع الصغير فى الكتاب لزيادة ايضاح فى لفظه وهى تعديد ما يوجب الحد صريحا بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذى استفاد منه بعض المشائخ قدر ستة اشهر فى التقادم وزيادة اثبات الضمان فى السرقة * ثم ذكر فى المبسوط لم احد بشهادتهم المشهود عليه ولا احدهم ايضا اى حد القذف فى الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا قــــوله خلافا للشافعى رحمه الله هو يعتبر الشهادة فى الحدود بالاقرار فى ان التقادم لايمنع فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة فى ان التقادم يمنع من قبولها * وفى المبسوط وان اقر بزنا قديم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا * وقال زفر رحمه الله لايقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستره الله تعالى ولكنا نستدل باخر الحديث حيث قال ومن ابدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد ابدى صفحته باقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ماذكر فى الكتاب قــــوله ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين اى بين اجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهى الاجر والجمع الحسب كذا فى الصحاح قوله

بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة عن المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما * ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى عليه حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لايقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود * واختلفوا في حد التقادم * واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمة الله تعالى عليه * * * * * * * * * * * * وابو

قـــوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد * هذا جواب اشكال يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو ان يقال الشهادة المتقادمة على السرقة تبطل ولا صحة لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشترط للحد لانه خالص حق الشرع وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجئ المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف لاتقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لاتقبل في حق الحبس كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقادمة بطلت لبطلان الدعوى اذ المدعي يخير بين ان يحتسب بدعواه اقامة الحد فيبذل ماله في ذلك لتقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين ان يختار الستر فيدعي مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا اخر حمل على انه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه الا ان التهمة تعتبر في القطع لا في المال فيقضى بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة قـــوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد يعني اعتبر بالتقادم تهمة فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمة الشئ تراعى في جنسه ولا تراعى في كل فرد من افراد الجنس كما قلنا في السفر و الاستبراء وشرعية النكاح اذ الفرد ملحق بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان في هذا الفرد غير مورث لاجل الدعوى لكن لما كان القطع عن حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول الحاقا للفرد بالجملة قـــوله لان الامضاء من القضاء في باب الحدود لان القضاء اما ان يكون لاعلام من له الحق بحقه اولتمكينه من الاستيفاء وذلك لايتصور في حقوق الله تعالى وكان المعتبر في حقوق الله تعالى هو النيابة في الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء * وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه ان المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له انه حقيق بالمشهود او اقداره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما اما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قال واقيموا الشهادة لله والله لايخفى عليه خافية ونائبه القاضي وانه يستفيد العلم بالشهادة فلايمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضي بدون تلفظ به قادر على الاستيفاء * قوله

وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأى القاضي في كل عصر * وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة * والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر (وان اقر بذلك حد) لانه لا تخفى عليه امته او امرأته (وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم تثبت لاختلافهم * وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك * * * * * * * * * *

قوله وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأى القاضي في كل عصر لان نصب المقادير بالرأى لا يمكن وعن محمد رحمه الله انه قدره بالشهر * وهكذا روى عن ابي يوسف رحمه الله فقال احسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسئلة اليمين اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه قوله ولا معتبر بالموهوم لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى تثبت لان دعواها تحتمل الصدق والكذب وبالاحتمال تثبت الشبهة وهي غير معتبرة اذ اعتبارها يؤدى الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدى الى انسداده يكن مردودا و لان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة * فان قيل العفو اذا كان بين شريكين واحدهما غائب لا يتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة قوله لانه لا تخفى عليه امته او امرأته * فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بان لم تزف اليه * قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا اشتبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم اعرفها اى بوجهها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فجعل هذا كالمنصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز ان يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز ان يشهد على الغير كاذبا فيتهم فيها فتبطل الشهادة قوله اختلف المشهود عليه اى المشهود به * وبيان اختلاف المشهود به ان احد الفريقين اثبت فعل المكره والفريق الآخر اثبت فعل غير المكره ولا شك بان فعل المكره يغاير فعل غير المكره او اثبت احد الفريقين كل الفعل من الرجل لانه لا فعل للمكره حقيقة اذ هي محل الفعل وكذا حكما لانه لا اثم والفريق الآخر اثبت الشركة بينهما في الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة وليس على احدهما نصاب الشهادة قوله ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فكانا خصمين في اثبات ذلك الزنا لدفع جناية القذف عن انفسهما ولا شهادة للخصم وانما سقط * * * * * * * * * * * حد

فى ذلك (وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة (وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة * وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع فى وسط البيت فيحسبه من فى المقدم فى المقدم ومن فى المؤخر فى المؤخر فيشهد بحسب ما عنده (وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس) * * واربعة

حد القذف عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت وهى مكرهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام اربعة شهداء على مسمى الزنا ففات شرطه **قوله** فى ذلك اى فى اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه **قوله** نظرا الى اتحاد الصورة اى صورة نسبة الزنا والمرأة اى واتحاد المرأة لان الكلام فيه فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم اربعة وهى نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف **قوله** معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية اى فى غير الزاوية التى شهد بها الاثنان الآخران **قوله** وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن * ولا يقال بان هذا احتيال لوجوب الحد * لانا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصرين ولان التوفيق فى باب الحدود مشروع الا ترى انه لو شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم بزنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا فى شهادتهم على هذا الاتحاد مع ان احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا اربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها بزنا على حدة وفى ذلك لا يجب الحد على المشهود به * فان قيل الاختلاف فى تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فبجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه ههنا * قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف منصوصا عليه ايضا الا ترى انه لو شهد الاثنان انه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان انه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة وكذلك اذا شهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب احمر وشهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب اصفر وكذلك اذا اختلفوا فى القصر والطول والسمن والهزال * فان قيل التوفيق ممكن فى مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طواعية فلم يحمل على هذا احتيالا لقبول الشهادة * قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين ان يكون فى هذه الزاوية من البيت او فى تلك الزاوية فيصار الى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقة وحكما اما المشهود به فى مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق **قوله** بالنخيلة عند طلوع الشمس النخيلة تصغير النخلة التى هى واحدة النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجيم تصحيف يعنى بجبلة لانها اسم حى من اليمين * ودير هند لا يساعد عليه لان دير هند ايضا موضع قريب من الكوفة واما ضم الباء فتحريف اصلا كذا فى المغرب * * * * * **قوله**

(واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعاً) اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق (وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لايتحقق مع بقاء البكارة * ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان اومحدودين في قذف او احدهم عبد اومحدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه) لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لوقضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحد ان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمة الله تعالى عليه بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا) لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا اومحدودا في قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة (وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون * لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم * وصار

قوله واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند اى في يوم واحد **قوله** درئ الحد عنهم اى عن المشهود عليهما وعنهم اى عن الشهود **قوله** والعبد ليس باهل للتحمل والاداء اى ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم ولهذا لاينعقد النكاح بحضرة عبدين اما لوتحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته **قوله** لان الزنا يثبت بالاداء اى يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوها الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة * وذكر الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه والكلام يبتنى على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف **قوله** وعندهما يضمنون اى ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات **قوله** فيضمنون بالرجوع لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا وجدوا اواحدهم عبدا او كافرا اومحدودا في قذف فلايمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم تبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولا في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما يثبت بقضاء القاضي الا انه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ايضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به * * على

وصار كالرجم والقصاص * ولابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى فى الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة فى ذلك المكان لم يحد ايضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفرع فى عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لالايجابه (واذا شهد اربعة على رجل بالزنى فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) اما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق * وقال الشافعى رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله فى شهود القصاص وسنبينه فى الديات انشاء الله تعالى * واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى * وقال زفر رحمة الله تعالى عليه لايحد * * * * لانه

على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة * ولابيحنيفة رحمه الله ان الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لاالجرح ولا القتل لكن الجرح انما افضى اليه الشهادة وما افضى اليه الشهادة لاضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما ورث لان الارث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لايتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب فى الصحيح كيلا تتعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لما ذكرنا انه لم يظهر كذبهم فى الشهادة **قــــوله** وصار كالرجم والقصاص فانه لوشهد الشهود فرجم اوقتل ثم رجعوا يضمنون الدية واما اذا ظهر احدهم عبدا ففى القصاص والرجم تجب الدية فى بيت المال **قــــوله** الا انه لايجب الضمان عليه فى الصحيح * ذكر فى مبسوط فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان **قــــوله** لما فيها من زيادة الشبهة لتمكنها فى موضعين فى تحميل الاصول وفى فعل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيها زيادة ونقصان **قــــوله** ولا ضرورة الى تحملها لانه يمكن ان يحضر الأصول فيشهدوا **قــــوله** اذهم قائمون مقامهم اى الفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان فى الموضع الذى تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الأصول ايضا ففى الموضع الذى يرد يتعدى رده الى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت فى حادثة لاتقبل فى تلك الحادثة ابدا كالفاسق اذا ردت شهادته لفسقه لاتقبل شهادته فى تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته فى تلك الحادثة لانه ليس للعبد شهادة بل له خبر ورد الخبر لايوجب رد الشهادة فاما الفاسق فله شهادة بدليل انه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقة لاضمان على احد ولوظهر انهم عبيد اوكفار تجب الدية على بيت المال * فان قيل القاضى اذ رد شهادة الفروع * * * * فى المال

لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة * ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ مايبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه (فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء* ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا) وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لايصدق على غيره * ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع احدهم لاشيء عليهم) لانه بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الاربع (فان رجع الآخر حدا وغرما ربع الدية) اما الحد فلما ذكرنا * واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ماعرف (وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابيحنيفة رحمه الله معناه اذا رجعوا عن التزكية) وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال * * وقيل

في المال بفسقهم * ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم * قلنا القاضي انما رد شهادة الفروع في المال بفسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا انه تمكن شبهة الرد في شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت في حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولو رد الفروع في المال لتهمة تقبل شهادة الاصول لانه مارد شهادتهم حقيقة ولو ردوا لتهمة الاولين لم تقبل ابدا من الاولين ولا من الفروع ولو ردوا لرق الاولين اولكفرهم ثم اعتقوا او اسلموا فشهدوا بذلك جاز قــــوله لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت لان حد القذف لايورث قــــوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان بالرجوع تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين انه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصور على الحال فاذا ثبت انه انما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد * فان قيل هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هذا الراجع * قلنا هو مرجوم بحكم الحاكم لشهادتهم وهو يزعم بالرجوع ان شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقه لان زعمه معتبر في حقه فلا يصلح شبهة بخلاف قاذف آخر لان المرجوم غير محسن في حق غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة في حقه اذ الرجوع عامل في حقه لا في حق غيره * فان قيل اكثر ما فيه انه مقر بانه كان عفيفا ولو قذفه انسان ثم كذب نفسه وقال كان عفيفا لا يقام عليه الحد ايضا * قلنا نعم القاذف وان اكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لاتبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد قــــوله ولهما ان الامضاء من القضاء وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسئلة التقادم * وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضي لا يحتاج الى ان يقول قضيت بالرجم او بالجلد حتى ان اسباب الجرح او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي لو اعترضت يمنع الامضاء فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء قــــوله فان كانوا خمسة عطف على قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم قــــوله اما الحد فلما ذكرنا * * * * * اشارة

* وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم * لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه * وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية فى معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط * ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا (ولا ضمان على الشهود) لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه (واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضى برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفى القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق * وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية فى ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب فى ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه

اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع * فان قيل اما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثانى ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه شيئا * قلنا لم يجب لا لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع برجوع الثانى وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر فى حقه لا بزوال المانع **قوله** وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف **قوله** فكانت التزكية فى معنى علة العلة وهذا لان التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضى القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهى تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهى كالعلة فى اضافة الحكم اليها كما فى الرمى وسوق الدابة وهنا تعذر ايجاب الضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود الاحصان لانه عبارة عن الخصال الحميدة وهى لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة الاترى ان الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا اما الشهادة بدون التزكية لا يوجب شيئا وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة * وقوله الاحصان محض الشرط لعله اراد به العلامة لما عرف فى اصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها علة على وجوده كدخول الدار فى تعليق الطلاق والعتاق به ولا يتوقف الزنا فى انعقاده علة لوجوب الرجم على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة فى الزانى يصير الزنا فى تلك الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فتكون علامة محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا **قوله** وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة فان صورة القضاء يكفى لايراث الشبهة لانه لو كان حقا كان مبيحا للدم فبصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لا يوجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا **قوله** على دليل مبيح وهو قضاء القاضى **قوله** لانه وجب بنفس القتل الاصل ان كل * * * * * * * * * * * * * دية

ولو باشر

ولو باشر بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة (واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله * فالشافعى مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة فى غير الاموال وزفر رحمه الله يقول انه شرط فى معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا * ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون فى معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة * بخلاف

دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد يجب فى ثلث سنين بقضية عمر رضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية فى ماله فى ثلث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل **قوله** ولو باشره بنفسه اى لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا وهو قوله قبل هذا بورق فى هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم **قوله** لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون جز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه **قوله** وقالوا تعمدنا النظر اى الى موضع الزنا من الزانيين **قوله** لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة لان تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله واقامتها لا تتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لا يصح التكليف مع الستر ولكن مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر فى الحدود فلذلك قيل بالاباحة دون الوجوب * وفى الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم بالنظر الى عورة الغير قصدا * ولكنا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا **قوله** والاحصان يثبت بمثله اى بمثل هذا الدليل الذى فيه شبهة الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذى هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب **قوله** فصار كما اذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم يعنى ان الزانى لو كان مملوكا لذمى وذلك المملوك الزانى مسلم فشهد على الزانى ذميان ان مولاه الذمى كان اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله **قوله** ولنا ان الاحصان عبارة من الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهى مانعة عن الزنا لما مر فاستحال ان يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جناية لا محالة وليس بشرط فضلا عن ان يكون فى معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا وما للمعرف حكم العلة بوجه فصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة * * * **قوله**

بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا) خلافا لزفر رحمه الله وهو فرع ماتقدم والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * * * *

باب حد الشرب

(ومن شرب الخمر فاخذوا وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة) لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه (فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد

عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى * وقال محمد رحمه الله يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

شعر يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لابل اكلت السفرجلا

قــــوله بخلاف ما ذكر اى زفر رحمه الله تعالى اى ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانها لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم او نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم * وتحقيقه ان الخصوص هناك فى المشهود عليه فان شهادة النساء فى غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للعقوبة قبلت شهادتهن فيه قــــوله وهو فرع ما تقدم ان الاحصان شرط فى معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا فى معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * * *

باب حد الشرب

قــــوله او جاؤا به سكران شهد الشهود عليه بذلك اى بالسكر من الخمر او غيرها من الاشربة المحرمة قــــوله وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب رائحتها عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى اى لا يحد ايضا اذ عندهما يشترط الرائحة فى الشهادة والاقرار غير ان الرائحة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل ان ينتهوا به الى الامام حد فى قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لا يتهم فى مثله قــــوله غير انه مقدر بالزمان عنده وهو الشهر قــــوله والرائحة قد تكون من غيره فان من استكثر اكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل

شعر يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لابل اكلت السفرجلا

وقيل شعر سفر جلة تحكى ثدى النواهد * بها عرف ذى فسق وصفرة زاهد

يقال استنكهت الشارب ونكهته نشممت نكهته اى ريح فمه ونكه الشارب فى وجهى ايضا اذا تنفس تعدى ولا يتعدى وهو من باب منع * * * * * * * * قــــوله

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضى الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الأثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال * واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما فى حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على مارويناً (فان اخذه الشهود وريحها توجد منه اوهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد فى قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لايتهم به فى مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روى ان عمر رضى الله عنه اقام الحد على اعرابى سكر من النبيذ ونبين الكلام فى حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى (ولاحد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلايحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لايوجب الحد (ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم (يفرق على بدنه كما فى حد الزنا) على ما مر * ثم يجرد فى المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لايجرد اظهارا للتخفيف * لانه

قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضى الله عنه وهو انه جاء رجل يقال له هزال بابن اخ له الى ابن مسعود رضى الله عنه وقال انه شرب الخمر واقر به ابن اخيه فقال له ابن مسعود رضى الله عنه بئس والى اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه * فان قيل هذا استدلال بنفى الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم على اصلنا * قلنا لابل هذا استدلال بعدم الاجماع لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد * فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة * قلنا خص منه الشرب اضطرارا واكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ اى النبيذ الذى غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول ابى يوسف رحمه الله الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعى رحمهما الله لا يحل **قوله** لان الرائحة محتملة * فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله ان التمييز بين الروائح ممكن للمستدل * قلنا التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه او نقول الاحتمال فى نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء **قوله** لان السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج * وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى رحمه الله وعن ابى حنيفة رحمه الله من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل يقع طلاقه وعتاقه وان لم يعلم لا يقع **قوله** وحد الخمر والسكر اى من غير الخمر فان وجوب الحد فى الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله **قوله** لاجماع الصحابة رضى الله عنهم روى ان الصحابة تشاوروا فى حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بدا له فقال على رضى الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين فى كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا واتفقوا على

لانه لم يرد به نص* ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلايعتبر ثانيا (وان كان عبدا فحده اربعون) لان الرق منصف على ما عرف (ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وعن ابى يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف فى السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذى يحد هو الذى لايعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) وقال رضى الله عنه هذا عند ابى حنيفة رحمه الله * وقالا

على ذلك فصار ذلك اجماعا * فان قيل استدلال على رضى الله عنه يتأتى فى حد السكر اما فى الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه * قلنا فى الخمر يدعو قليله الى كثيره فكان سببا للسكر غالبا * وقيل ما من طعام وشراب الا ولذته فى الابتداء تزيد على لذته فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثار منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها شيئا **قوله** لانه لم يرد به نص اى نص قاطع **قوله** انا اظهرنا التخفيف مرة اى من حيث العدد لم نجعله مائة كما فى حد الزنا مع ان الالحاق به اولى لان دليل كل واحد منهما قطعى فلا يعتبر ثانيا اى فلا يخفف ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد **قوله** ومن اقر بشرب الخمر او السكر فى النهاية بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد هو فى الاصل مصدر سكر من الشراب سكرا وسكرا * وفى المستصفى فى قوله ومن اقر بشرب الخمر او السكر بفتحتين هو السماع وهو عصير الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التى توجب الحد سوى الخمر * وانما خصه لانه الغالب فى بلادهم وجاز ان يراد به السكر وعلى التقديرين لابد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد مالم يوجد السكر **قوله** لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى * وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء فى الموضع الذى جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم **قوله** والسكران الذى يحد اى السكران الذى سكر بشرب غير الخمر من الاشربة المحرمة فان فى شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر * ثم قوله والسكران الذى يحد الى قوله قال رضى الله عنه انما خص المصنف رحمه الله بان هذا قول ابى حنيفة رحمه الله لان الذى ذكره من قوله والسكران الذى يحد الى هذا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف رحمه الله بهذا ان هذا قول ابى حنيفة رحمه الله لا قول الكل * وذكر فى الفوائد الظهيرية قال ابو حنيفة رحمه الله السكران هو الذى لايعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجال من النساء ولا الارض من السماء والفرو من القباء * وعندهما ان يهذى ويختلط كلامه ويتمايل فى مشيته وعن ابن الوليد سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذى يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه السورة وربما اخطأ فيه الصاحى قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها* وحكى ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة * ثم ان بعض الشرط اتى بسكران امير البلخ فامر الامير ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ انت سورة الفاتحة اولا فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران قف قد اخطأت من وجهين احدهما انك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثانى انك تركت التسمية وهى آية من اول الفاتحة * * * عند

* وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه لانه هو السكران فى العرف * واليه مال اكثر المشائخ رحمهم الله * وله انه يؤخذ فى اسباب الحدود باقصاها درأ للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التميز بين شئ وشئ وما دون ذلك لايعرى عن شبهة الصحو والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعى رحمه الله يعتبر ظهور اثره فى مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فى اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته (ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته) لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * باب حد

عند بعض الائمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطى ويقول امرتك ان تأتينى بسكران فاتيتنى بمقرئ بلغ **قوله** وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه اى يكون غالب كلامه الهذيان **قوله** وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو يعنى انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات **قوله** والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاجماع وهو قوله هو الذى يهذى ويختلط كلامه اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم منه الهزيان واختلاط الكلام يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى فى حد السكر كان ممتنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله ابوحنيفة رحمه الله فى حده **قوله** وهذا مما يتفاوت اى ظهور الاثر فى المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل فى مشيته والصاحى ربما يزلق اويعثر فيرى التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه اى فى الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة فاما فى الحد الذى فيه حق العبد كحد القذف فانه يحد باقراره وان كان اقراره فى حال سكره * وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجبت عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره * وذكر فى الذخيرة وهذا فى الاقرار واما اذا زنى اوسرق حال سكره يحد به بخلاف الاقرار بهما فى حال السكر حيث لايحد لان الاقرار يحتمل الانشاء * وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لانه لا فائدة فى التأخير لانه لايملك الرجوع لانهما من حقوق العباد **قوله** كما فى سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد السكران لاتبين امرأته منه هذا جواب الاستحسان * وفى القياس تبين امرأته كذا فى سير المبسوط **قوله** لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر * فان قيل الاسلام ايضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر * قلنا السكران مع سكره غير خال عن نوع تميزله بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته لما ان السكر يختلط عقله ولا ينفيه ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر فى صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولايعلى كما فى ارتداد المكره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله اعلم بالصواب * باب

باب حد القذف

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرامى بالزنا بالاجماع * وفى النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا وتشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا (قال يفرق على اعضائه) لما مر فى حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه) لان سببه غير مقطوع به فلا تقام عليه الشدة بخلاف حد الزنا (غير انه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ايصال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا) لمكان الرق (والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر * والعقل والبلوغ لان العار لايلحق بالصبى والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن * والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزانى لا عن غيره (ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى له يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به الحقيقة سبا له وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته اباه فى اسباب المروة (ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد) لانه صادق فى كلامه * * * * * * * * * * * ولو

باب حد القذف

قــــوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا ذكر الرجل ليس بقيد واحترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال رجلا محصنا يازانى فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق * ولايشكل على قوله رجلا محصنا اوامرأة محصنة قذف الأخرس المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لوكانا ينطقان اولاحتمال ان يكون مطالبتهما تصديقا فلايحد مع الشبهة قــــوله وطالب المقذوف * لايقال مطالبة المقذوف ليس بشرط لانه يحد القاذف بمطالبة من يقع القدح فى نسبه اذا كان المقذوف ميتا * لانا نقول لما قام مقامه اخذ حكمه فنسبت مطالبته اليه او لان من يقع القدح فى نسبه مقذوف ايضا فتتحقق مطالبة المقذوف * فان قيل المغلب فيه حق الله تعالى فكان ينبغى ان لاتشترط مطالبة العبد كما لايصح عفوه * قلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصلح ان تشترط مطالبته احتيالا لدرء الحد قــــوله لما مر فى حد الزنا وهوقوله لأن الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف قــــوله لان سببه غير مقطوع به لانه يحتمل ان يكون القاذف صادقا فى نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلهذا خفف ولم يقم على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معاين بالبينة اوبالاقرار قــــوله فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان * فان قيل قال الله تعالى فاذا احصن المراد منه الاماء * قلنا اريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتيالا للدرء قــــوله ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك اى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا * فان قيل جاز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولايكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة * قلنا وجوب * * * * * الحد

ولونسبه

ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحد حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها (ولا يطالب بحد القذف للميت الامن يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى * وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين انشاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه * ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله (واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر العبد ان يطالب بالحد) خلافا لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا صورة ومعنى * ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذى ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال * * * * * * * * * * ثم

الحد هنا بطريق الاستحسان لابطريق القياس * وذكر في المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه لاحد الا في قذف محصنة او نفى رجل من ابيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هى زانية فعرفنا انه بهذا اللفظ قاذف لامه والى هذا المعنى اشار في الكتاب بقوله لان النسب انما ينفى عن الزانى لا من غيره فان غير الزانى عام جاز ان يكون زوج امه او من وطئ امه بشبهة في عدته فولدته امه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب ولما نفى القاذف نسبه مطلقا علم ان مراد القاذف ليس غير الزانى بل مراده الزانى لان الزانى لانسب له اصلا ولكن هو غير معين فلايحد بسببه ولكن يحد بسبب امه لانه لما كان الرجل الذى نفى عنه النسب زانيا كانت امه زانية لا محالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة * فان قيل هذا كناية في القذف فينبغى ان لايحد * قلنا وجوب الحد بالاثر اونقول عدم وجوب الحد في الكناية لاستتار المراد اما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما لو قال للقاذف هو كما قلت فانه يحد به وان لم يكن صريحا **قوله** ولو نسبه الى جده لا يحد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما اخرج ابويكم وكذا اذا نسبه الى خاله او عمه اوزوج امه لايحد لان كل واحد منهم يدعى ابا قال الله تعالى ورفع ابويه على العرش قالوا هى خالته وابوه وقال عليه السلام الخال اب وقال الله تعالى نعبد آلهك وآله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عماله قال الله تعالى ان ابنى من اهلى وقيل انه كان ابن امرأته **قوله** لان العار يلتحق به لمكان الجزئية * فان قيل ينبغى ان يكون له ولاية المطالبة حاضرا كان المقذوف اوغائبا حيا كان اوميتا وكذا اذا مات بعد القذف * قلنا المقذوف يلحقه العار قصدا وهؤلاء ضمنا فلاتعتبر خصومتهم ما دام المقذوف حيا لان ما ثبت في ضمن غيره لايعطى له حكم نفسه واذا مات بطل المتضمن فبطل ما في ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتا محصنا فان الميت ليس باهل لحقوق العار به فيعود الى من يقع القدح في نسبه بقذفه قصدا فيثبت له ولاية المطالبة **قوله** ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله له انه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا اب الام * ولنا ان النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد به كريم الطرفين فكان القذف متناولا له **قوله** ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله له ان الشين الذى يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقائه واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لاخصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب * قلنا ان حق الخصومة باعتبار لحقوق العار وذا موجود في حق ولد الولد * * * * * * * * * * * * * * والحق

ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده والكفر لاينافى اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا (وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة) لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لايقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) * وقال الشافعى رحمه الله لايبطل (ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقى) عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمى حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان * فالشافعى رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع * ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لاولاية للعبد فى استيفاء حقوق الشرع الا نيابة * وهذا هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها * منها الارث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الشرع ومنها العفو فانه لايصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده * ومنها انه لايجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لايجرى * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه فى العفو مثل قول الشافعى رحمه الله * ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام * * * * * * * * * * * * والاول

والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر القرب بخلاف المقذوف فان حق الخصومة باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لايوجد فى حق ولده ولان مساهلته توهم تصديقه لانه اعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاءة لانه لاولاية للابعد مع وجود الاقرب قــــوله ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده وهذا لان القذف يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدى اليه والشئ اذا تعدى عن محل الى محل يتعدى على الوصف الذى كان ثابتا فى ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدى بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال فى حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدى كاملا فى حق من يتناوله معنى قــــوله وكذا الاب بابنه ذكر حكم الوالد دون الوالدة والحكم لايختلف فيهما * وذكر فى قتل الكفاية لايحد الاصول بقذف الفروع لانه لايقتل لهم فلان لايحد اولى قــــوله تشهد الاحكام فمما يدل على انه حق العبد انه لايسقط بالتقادم ويقيمه القاضى بعلم نفسه ولايصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويقام على المستأمن فى دار الاسلام وتشترط فيه الخصومة ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة ولايبطل مع الرجم ومما يدل على انه حق الله تعالى انه لايباح باباحة العبد ولايحلف القاذف فيه ولا ينقلب مالا عند سقوطه وينتصف بالرق قــــوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد المراد به صدر الاسلام ابو اليسر رحمة الله تعالى عليه قــــوله وخرج الاحكام اى اجاب عن الاحكام التى تدل على انه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا * وذكر الامام صدر الاسلام رحمه الله فى مبسوطه ان الصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعى رحمه الله لان محمدا رحمه الله نص فى الاصل ان حد القذف حق العبد * * * * * * * * * * * * كالقود

والاول

والاول اظهر (قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه (ومن قال للعربى يانبطى لم يحد) لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق اوعدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا (ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وان نسبه الى عمه اوخاله اوالى زوج امه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا * اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق واسمعيل كان عماله * والثانى لقوله عليه السلام الخال اب * والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة وقالت امرأة من العرب

وارق الى الخيرات زناء فى الجبل

وذكر الجبل يقرره مرادا * ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يازانى اوقال زنأت * وذكر

كالقود واكثر الاحكام يدل عليه * وذكر فى جامعه الصغير وانما جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر فى نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزاد على ما هو المعهود فيؤدى الى التلف فجعل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة * وقال فيه ايضا ثم انه لا يورث عند اصحابنا مع انه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط لما ان الارث انما يجرى فى الاعيان قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته وهذا لان المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلابد من ان يصرف الى اقرب الناس اليه وهم ورثته اما حق القذف فليس بملك عين ولا فى معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لايبقى ايضا * ولهذا قلنا ان حق الشفعة لايورث لانه ملك فعل وهو حق الفسخ بخلاف القصاص حيث يورث لانه فى معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيخلف الوارث فى حق استيفاء القصاص قــــوله والاول اظهر وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى اظهر واشهر وعليه عامة اصحابنا رحمهم الله * النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطى فهم ممن يذم بالنسبة اليهم * قال ابن ابى ليلى اذا قال العربى يا نبطى اوقال لست من بنى فلان لقبيلته التى هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير ابيه * قلنا يراد به النسبة الى الجهل واللكنة لا النفى عن الاب عادة كمن قال لمصرى يارستاقى اوياقروى فانه لم يجب عليه شئ كذا هنا * وعن ابن عباس رضى الله عنه انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطى فقال لاحد عليه * وماء السماء هو لقب عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر اى عطاء وجودا واما المنذر بن امرء القيس فكانت يسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وقيل لولدها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق قــــوله وذكر الجبل يقرره مرادا لانه قرينة الصعود ولهذا لوقال زنأت فى الجبل لايحد وحرف فى لاينافى الصعود كما فى قول الشاعر

وارق الى الخيرات زناء فى الجبل

وكما فى قوله تعالى فكانما يصعد فى السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة قــــوله

وذكر الجبل انما يعين الصعود مراداً اذا كان مقروناً بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازانى فقال لابل انت فانهما يحد ان) لان معناه لابل انت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكوراً فى الثانى (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لابل انت حدت المرأة ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفى البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس باهل له ولا ابطال فى عكسه اصلاً فيحتال للدرء اذ اللعان فى معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان) ومعناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك فى كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زنائى ما كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت احداً غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفاً فيلاعن (وان نفاه ثم اقر به حد) لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب * والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل (والولد ولده) فى الوجهين لاقراره به سابقاً او لاحقاً واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفاً (ومن قذف امرأة معها اولاد لايعرف لهم اب اوقذف الملاعنة بولد والولد حى او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام امارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظراً اليها وهى شرط الاحصان (ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام امارة الزنا * * * * * قال

قـــوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مراداً اذا كان مقروناً بكلمة على * فان قيل فى تجئ بمعنى على قال الله تعالى ولاصلبنكم فى جذوع النخل اى عليها * قلنا الحق انها على حقيقتها لتمكن المصلوب فى الجذع تمكن الكائن فى الظرف فيه * فان قيل الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود وبالارادة تترك حقيقة الكلام الى مايحتمله ولاخفاء فى الاحتمال * قلنا لما ثبت ان ظاهره للفاحشة كان قذفاً حقيقة ودعوى المجاز غير مسموع عنه كما لو قال زنيت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل قيل لايجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقروناً بكلمة على وقيل يجب للمعنى الذى ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً **قـــوله** زنائى ما كان معك بعد النكاح اطلق لفظ الزنا على الوطئ الحلال على طريق المشاكلة كما فى **قوله تعالى** فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم لا على تحقيق الزنا فعلى هذا لاتكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان **قـــوله** فجاء ماقلنا اى وقوع الشك فى الحد واللعان فبطلا **قـــوله** واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد * جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغى ان يقطع النسب اى ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجوداً وعدماً الاترى انه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينتفى النسب ولايجرى اللعان **قـــوله** ففاتت العفة نظراً اليها اى ولادة ولد لا اب له ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا * فان قيل اللعان فى * * * * * * * * * جانبها

(قال ومن وطیٔ وطئا حراما فی غیر ملکه لم یحد قاذفه) لفوات العفة وهی شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فیه ان من وطیٔ وطئا حراما لعینه لایجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطیٔ المحرم لعینه وان کان محرما لغیره یحد لانه لیس بزنا فالوطی فی غیر الملک من کل وجه اومن وجه حرام لعینه وکذا الوطیٔ فی الملک والحرمة مؤبدة فان کانت الحرمة موقتة فالحرمة لغیره * وابو حنیفة رحمه الله یشترط ان تکون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحدیث المشهور لتکون ثابتة من غیر تردد بیانه ان (من قذف رجلا وطیٔ جاریة مشترکة بینه وبین آخر فلاحد علیه) لانعدام الملک من وجه (وکذا اذا قذف امرأة زنت فی نصرانیتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملک ولهذا وجب علیها الحد (ولو قذف رجلا اتی امته وهی مجوسیة او امرأته وهی حائض او مکاتبة له فعلیه الحد) لان الحرمة مع قیام الملک وهی موقتة فکانت الحرمة لغیره فلم یکن زنا وعن ابی یوسف رحمه الله ان وطیٔ المکاتبة یسقط الاحصان وهوقول زفر رحمه الله تعالی لان الملک زائل فی حق الوطیٔ ولهذا یلزمه العقر بالوطیٔ * ونحن نقول ملک الذات باق والحرمة لغیره اذ هی موقتة (ولو قذف رجلا وطیٔ امته وهی اخته من الرضاعة لایحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحیح (ولو قذف مکاتبا ومات وترک وفاء لاحد علیه) لتمکن الشبهة فی الحریة لمکان اختلاف الصحابة رضی الله تعالی عنهم * * * * * * * * * ولو

جانبها قائم مقام حد الزنا فکانت محدودة فی الزنا فوجب ان لایحد قاذفها*قلنا اللعان فی جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الی الزوج لابالنسبة الی غیره الاتری ان اللعان قائم مقام حد القذف فی حقه بالنسبة الیها لابالنسبة الی غیرها حتی قلنا بشهادته * اونقول اللعان قائم مقام حد الزنا فی حقها فقد وجد امارة الزنا منها فینبغی ان یسقط الحد عن القاذف نظرا الی هذا وقائم مقام حد القذف فی جانب الزوج فبالنظر الی هذا الوجه تکون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقی القذف سالما عن المعارض فوجب الحد علی القاذف **قــــوله** ومن وطیٔ وطئا حراما نحوان تزوج امرأة نکاحا فاسدا متفقا علی فساده فوطئها وهو یعلم بذلک اولا یعلم اووطیٔ جاریة مشترکة او وطیٔ جاریة ثم استحقت منه وهو لایعلم انها لغیر البائع اووطیٔ بنکاح ثم علم ان المرأة ممن لایحل له نکاحها **قــــوله** فی غیر ملکه ای من وجه اومن کل وجه احترز به به عما اذا اتی امة وهی مجوسیة او امرأته وهی حائض اومکاتبة له فلا یسقط احصانه لان الوطیٔ وان کان حراما الا انه فی ملکه **قــــوله** فالوطیٔ فی غیر الملک من وجه کوطیٔ الجاریة المشترکة اومن کل وجه کوطیٔ الاجنبیة وانما تساویا فی حق سقوط الاحصان لان حد القذف عقوبة یسقط بالشبهة فیصیر الزنا من وجه شبهة مانعة وجوبه کما یصیر عدم الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا **قــــوله** والحرمة مؤبدة کامته التی هی اخته رضاعا **قــــوله** وابوحنیفة رحمه الله یشترط ان تکون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع کموطؤة الاب بملک النکاح اوبملک الیمین ثم اشتراها ابنها فوطئها لایحد قاذفه اوبالحدیث المشهور کحرمة وطیٔ المنکوحة بلاشهود فان حرمتها ثابتة بالحدیث المشهور وهو قوله علیه السلام لانکاح الابشهود وهذا الحدیث مشهور ذکره فی الفوائد الظهیریة لان التحریم المؤبد ینافی ملک المتعة وان لم ینافی ملک الرقبة فیصیر الوطیٔ واقعا فی غیر الملک من وجه فیصیر زنا من وجه **قــــوله** والحرمة لغیره وهو قیام حقها فی الید **قــــوله** اذهی موقتة ای منقضیة بفسخ الکتابة اوبالعجز **قــــوله** ولو قذف رجلا وطیٔ امته وهی اخته من الرضاعة لایحد لان الحرمة مؤبدة * * * * * * * * وهذا

(ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا لاحد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوس بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح (واذا دخل الحربي في دارنا بامان فقذف مسلما حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه (واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات (واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده (فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له* وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح (قال ومن قذف اوزنى اوشرب غير مرة فحد فهو لذلك كله) اما الاخيران فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما * وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل　*　*　*　لان

وهذا هو الصحيح * وذكر الكرخي رحمه الله انه لا يسقط به الاحصان لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيح فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء الحل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا قــــوله وقد مر في النكاح اى في باب نكاح اهل الشرك من كتاب النكاح قــــوله وان ضرب سوطا آه اجمع العلماء على القبول اذا حد حد القذف قبل الاسلام واجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الاسلام اما اذا اقيم بعض الحد قبل الاسلام وبعضه بعده فقد قال ابو حنيفة رحمه الله ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب في كفره تسعة وسبعين سوطا وبعد الاسلام واحدا لا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال اتمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان اقيم اكثره بعد الاسلام لا تقبل اذ الاقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل* وهكذا روى عن ابي يوسف رحمه الله ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب البعض لان الرد تتمة الحد فلابد من وجوده ليكون الرد تتمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد ايضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على اهل الاسلام واهل الذمة قــــوله والاول اصح لان بعض الحد لا يكون حدا ولهذا لو ضرب تسعة وسبعين سوطا لا ترد شهادته ولو كان الاكثر قائما مقام الكل لردت شهادته قــــوله لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلا يتداخل قــــوله وقال الشافعي رحمه الله ان اختلف المقذوف بان قذف غير الاول او المقذوف به بان قذف الاول بزنا آخر لا يتداخل * وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت　*　*　*　زان

لان

لأن المغلب فيه حق العبد عنده والله تعالى اعلم بالصواب

فصـــــل في التعزير

(ومن قذف عبدا او امة اوام ولد او كافرا بالزنا عزر) لأنه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق اوياكافر اوياخبيث اوياسارق) لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأى الى الامام ولو قال ياحمار اوياخنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه * وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وايذاء * وقيل ان كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه تلحقهم الوحشة بذلك * وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات * وقال ابو يوسف رحمه الله يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا * * * * * * * * * * والاصل

زان لايقام عليه الاحد واحد عندنا * وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم وهذا يخالف ما ذكر في المنظومة والشرح لان المغلب فيه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر * فعلى مذهبه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لاجله ايضا * وعندنا لايقام اذا علم ان قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وماهو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف * وذكر في الفوائد الظهيرية وقد حكى عن ابى حنيفة رحمه الله ان ابى ليلى كان قاضيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول رجلا آخر يا ابن الزانين فقال خذوه فاخذوه وادخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاخبر ابو حنيفة رحمه الله بذلك فقال ياللعجب من قاضى بلدنا فقد اخطأ في خمسة مواضع في مسئلة واحدة * اما الاول فليس له ان يأخذه بالحد ما لم يخاصم المقذوف * والثانى انه لو خاصم يجب حد واحد وان قذف الف رجل يكتفى بحد واحد *والثالث انه ان كان الواجب عنده حدين ينبغى ان يتربص بين الحدين يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول وهو قد والى بين الحدين * والرابع انه حد في المسجد وقال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم وانشاد ضالتكم * والخامس انه قذف الوالدين حيث قال ياابن الزانين وح يجب ان يتعرف انهما في الاحياء اوفي الاموات فان كانا في الاحياء فالخصومة اليهما وان كانا في الاموات فالخصومة الى الابن والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

فصـــــل في التعزير

هو تأديب دون الحد * واصله من العزر بمعنى الرد والردع * وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فاضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تهذيبا وتاديبا بهن والسنة قال عليه السلام لاترفع عصاك عن اهلك وروى انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث ولان زجر الدعار عن الجنايات ومساوى الاخلاق واجب تقليلا لها والتعزير صالح للزجر فيكون مشروعا * ثم قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن ابى يوسف رحمه الله ان التعزير باخذ المال يجوز للسلطان * ثم تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وغيرهم الاعلام والجر الى باب القاضى وتعزير اشرف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بان يقول بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير اوساط الناس كالسوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء الاعلام والجر والضرب والحبس قـــوله الا انه يبلغ * * * * * * * * * * * بالتعزير

* والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين * واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد فى القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا * وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد فى الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا فى رواية عنه وهوقول زفر رحمه الله وهوالقياس وفى هذه الرواية نقص خمسة او هو مأثور عن على رضى الله عنه فقلده * ثم قدر الادنى فى الكتاب بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر * وذكر مشايخنا رحمهم الله ان ادناه على مايراه الامام يعزره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس * وعن ابى يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره * وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف (قال وان رأى الامام ان يضم الحبس الى الضرب فى التعزير فعل) لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به فى الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع فى الحد لانه من التعزير (قال واشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدى الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء (قال ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضى الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع * * * وفعل

بالتعزير غايته فى الجناية الاولى وهى ما اذا قذف غير المحصن بالزنا ولم يثبت وفى الثانية وهى ما اذا قذف مسلما بغير الزنا **قوله** والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد * فى المغرب بلغ بالتخفيف هو السماع واما مايجرى على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول كما فى قوله عليه السلام الا فليبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك على حذف المفعول الثانى والتقدير من بلغ التعزير حدا * وانما حسن الحذف لدلالة قوله فى غير حد والذى يدل على هذا التقدير قولهم لا يجوز تبليغ غير الحد الحد * وذكر هذا الحديث فى الفوائد الظهيرية ثم قال وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لامن التبليغ لان المبلغ اليه غير مذكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لاتبليغ الحد غير الحد ومعنى بلغ بالتخفيف اتى كقولهم بلغ المكان اى اتاه فيصير تقدير الحديث كانه قال من اتى حدا فى موضع لايجب الحد فهومن المعتدين **قوله** وهو مأثور عن على رضى الله عنه وتأويل ما روى عنه ان عليا رضى الله عنه كان يعقد لكل خمس فلمابلغ خمسا وسبعين لم يعقد لانه بقى اربع ضربات فلم يبلغ خمسا فلذلك لم يعقد فظن الراوى انه جلده خمسة وسبعين * **قوله** وقدورد الشرع به اى بالحبس وهوما روى ان النبى عليه السلام حبس رجلا للتعزير * **قوله** ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته هذا لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير اى ولهذا لايحبس فى تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنااوقال يافاسق فلايحبس المتهم قبل تعديل الشهودكماشرع فى الحدلان الحبس تعزير فلايحبس قبل ثبوته بخلاف ما اذااتهم بمايوجب الحدلان التعزير ادنى من الحدفناسب ان يعاقب بهعند التهمة بمايوجب الحدلانه ادنى منه **قوله** كيلا يؤدى الى فوات المقصود وهو الزجر ولهذالم يخفف من حيث التفريق ذكر فى المحيط ان محمدارحمه الله ذكر فى حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء ولايضرب العضو الذى لايضرب فى حد الزنا وفى كتاب الاشربة يضرب التعزير فى موضع واحد وليس * * * * * * * * فى

وفعل

وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق * وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية فى بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم * قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب السرقة

السرقة فى اللغة اخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار * ومنه استراق السمع قال الله الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف فى الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى

فى المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر فى كتاب الحدود انه وجب تبليغ التعزير الى اقصى غاياته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كيلا تكون الاقامة فى موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضع وموضوع ما ذكر فى الاشربة انه يعزر ادنى تعزير كسوط او سوطين او ثلثة ومتى كانت الحالة هذه فالاقامة فى موضع واحد لا يؤدى الى فساد ذلك الموضع قــــوله وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة لان الامر طلب فعل المأمور به من المأمور وهو اثبات والاثباتات ليست بقابلة للتعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاسقاطات وهى قابلة للتعليق * فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع او افضاها فلا ضمان عليه عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله والرواية فى المحيط مع ان الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحتراز عن التلف ممكن والطلق له فى ذلك الفعل فكان ينبغى ان يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعها * قلنا انما لم يجب الضمان هناك لان ضمان المهر قد وجب فى ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز كذا فى المحيط وتصح فى التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والتهذيب والله تعالى اعلم

كتاب السرقة

هى اخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة قــــوله ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم فى حال غفلته قال الله تعالى الا من استرق السمع اى رام اختلاسه سرا ومسروق الشياطين من الملائكة كلام قــــوله وقد زيدت عليه اوصاف فى الشريعة * منها فى السارق وهو ان يكون مكلفا اى عاقلا بالغا * ومنها فى المسروق وهو ان يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم اوبما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان اخذ المباح يسمى اصطيادا واحتطابا لا سرقة وما لا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا شرطا بالنص وشرائط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لما فى النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز فى المال الخطير فالحقير تافه لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص قــــوله

والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لاغير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفى الكبرى اعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطرق باعوانه وفى الصغرى مسارقة عين المالك اومن يقوم مقامه (قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم اوما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب عليه القطع) والاصل فيه **قوله تعالى** والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية * ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لاتتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولابد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر فى الحقير وكذا اخذه لايخفى فلايتحقق ركنه ولاحكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا * وعند الشافعى رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار * وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلثة دراهم * لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا فى ثمن المجن واقل ما نقل فى تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعى رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلثة ربعها * ولنا ان الاخذ بالاكثر فى هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد * وهذا لان فى الاقل شبهة عدم الجناية وهى دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لاقطع الا فى دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب * * * * * * * * * * * * كماقال

قـــــوله والمعنى اللغوى اى الاخذ على سبيل الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعنى اذا كانت السرقة نهارا او ابتداء لا غير يعنى اذا كانت السرقة ليلا لان اكثر السرقات يصير مغالبة فى الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لايلحقه الغوث فلو لم يكتف بالخفية وقت الدخول فى الحرز لامتنع القطع فى الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا فى الذخيرة * وفى الحاوى انه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لايقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد ماصلى الناس العتمة وسرق خفيا او مكابرة ومعه سلاح اولا وصاحب الدار يعلم به اولا قطع ولو دخل اللص دار انسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار **قـــــوله** وفى الكبرى اعنى قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين او لانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله **قـــــوله** او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمرتهن والمضارب والغاصب **قـــــوله** لان الجناية لاتتحقق دونهما اى الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لاجناية بلا تكليف ولاتكليف بلا عقل وبلوغ **قـــــوله** وعند الشافعى رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلثة دراهم لا خلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثنى عشر درهما وثلثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن ابى ليلى رحمه الله نصاب السرقة مقدرة بخمسة دراهم * وقال عكرمة رحمه الله باربعة دارهم * وعن ابى هريرة وابى سعيد الخدرى رضى الله عنهما باربعين درهما * وعند اصحاب الظواهر لايعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصرى رحمه الله **قـــــوله** وهو المتيقن به روى فى ثمن المجن ثلثة دراهم وروى انه خمسة دراهم وعند الاختلاف فى القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون * * * فى

كمال قال فى الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لوسرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لايجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف فى عامة البلاد *وقوله اوما تبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولابد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى * * * * * * قال

فى القيمة يؤخذ بالاقل * قلنا روى ايمن بن ايمن وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ان المجن الذى قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام كان يساوى عشرة والرجوع الى قولهم اولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا اعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ماقال ان الاخذ بالاقل اولى لان فى قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب ان يؤخذ بالاكثر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روى ان عمر رضى الله عنه اتى بسارق سرق ثوبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضى الله عنه ان سرقته لاتساوى عشرة فامر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل انه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم ان النصاب يقدر بعشرة دراهم **قوله** كما قال فى الكتاب اى القدورى وهو قوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة **قوله** وهو الاصح احترازعما روى الحسن عن ابيحنيفة رحمه الله تعالى عليهما مايدل على ان المضروبة وغير المضروبة فى ذلك سواء **قوله** والمعتبر وزن سبعة اى المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف فى وزن الدراهم فى عامة البلاد **قوله** اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا * لايقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لاقطع الا فى دينار او عشره دراهم * لانا نقول نعم قدورد فى بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ فى الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام رحمة الله تعالى عليه ان بذكر العشرة تبين ان المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع عشرة لابقيمة الوقت لان باعتبار الوقت قد تبلغ الدينار ثلثين او اربعين فيصير فى التقدير كانه قال لاتقطع اليد الا فى ثلثين او اربعين اوعشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لايستقيم فعلم ان المراد بالدينار الدينار المتقومة بالعشرة * وقال ابويوسف رحمه لايقطع الا بالاقرار مرتين وهو ايضا قول ابن ابى ليلى وكذلك الخلاف فى الاقرار بشرب الخمر * وذكر بشر رجوع ابى يوسف الى قولهما * قال القاضى الامام الزنجرى رحمه الله فى تعليل هذه المسئلة على قولهما ان الاقرار فى المرة الاولى انكان يوجب القطع صح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القطع يوجب الضمان بلا ريب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلووجب باقراره الثانى سقط الضمان الواجب والانسان لايستقل باسقاط الضمان الواجب بقوله * وكان الشيخ ابوبكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب عن ابى يوسف رحمه الله ان شانه علا وارتفع بهذه المسئلة حين كان خامل الذكر كان فى مجلس هارون الرشيد فاتى بسارق فقالوا للسارق انت سرقت هذا المال فقال انا اخذت هذا المال فاتفق الفقهاء من اهل العالم انه يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله لايقطع لانه ما اقر بالسرقة وانما اقر الاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع فحاروا وخجلوا واقروا ان ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانيا فسألوه فقال نعم سرقت فقالوا الله اكبر الآن يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله لايقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فاراد الآن ان يسقط الضمان عن نفسه فاقر اهل العالم من الشيب والشبان ان الحق ما قاله * وذكر فى المبسوط تعليل محمد رحمه الله لم اقطعه فى المرة الاول ولم اقطعه فى المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثانى يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون * * * * * متهما

(قال والعبد و الحر فى القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين) ويروى عنه انهما فى مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا فى الزنا * ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما فى القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع فى حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع فى حق المال لا تصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة فى الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع (قال ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق وينبغى ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر فى الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة (قال واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب فى حقه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * ولا قطع

منهما فى ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثانى فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال الاترى ان بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار اولى **قوله** وينبغى ان يسألهما عن كيفية السرقة فيقول كيف سرق لجواز انه نقب البيب وادخل يده واخرج المتاع وفى هذا الوجه لا يقطع عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وماهيتها لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سرا يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ومن لا يعتدل فى الركوع والسجود يسمى سارقا قال عليه السلام ان اسوء الناس سرقة من يسرق من صلوته وزمانها اى فيما اذا ثبتت السرقة بالبينة فيسألهما الامام فيقول متى سرق لجواز انه تقادم العهد وانه مانع للقطع اذا ثبت السرقة بالبينة واما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج الامام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا فى المبسوط والمحيط **قوله** ومكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او فى دار الحرب لانه لا يقام الحد على من باشر السبب فى دار الحرب **قوله** ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة لانه لا يمكن التوثيق بالتكفيل لانه لا كفالة فى حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه **قوله** واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع هذا اذا لم يكن بين هؤلاء السراق صبى اومجنون فان كان واحد منهما بينهم درىء الحد عنهم فى قول ابى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الصبى والمجنون وليا اخراج المتاع درىء الحد عنهم وان كان الذى ولى سواهما قطعوا الا الصبى والمجنون لان الحامل هو الاصل كذا فى الايضاح **قوله** وان اصابه اقل لا يقطع خلافا لمالك رحمه الله ولا يرد على هذا وجوب القصاص على جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغالب غالب فاحتيج الى الشرع الزاجر لتقليله ولا كذلك سرقة مالا يصيب كل واحد منهم الاشيء قليل ولان انزهاق الروح غير متجز فيضاف الى كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح للاولياء المستوين فى الدرجة والله اعلم بالصواب * * * * * * بابـــ

باب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(ولاقطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) * والاصل فيه حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قالت كانت اليد لاتقطع على عهد رسول الله عليه السلام فى الشئ التافه اى الحقير ومايوجد جنسه مباحا فى الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لاتضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلاحاجة الى شرع الزاجر * ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص * الاترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز * والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التى كانت فيه وهو على تلك الصفة يورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل فى السمك المالح والطرى وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولا طلاق قوله عليه السلام لا قطع فى الطير وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب القطع فى كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعى رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرناه (قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه السلام لا قطع فى ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودى وقال عليه السلام لا قطع فى الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمر لانه يقطع فى الحنطة والسكر اجماعا * وقال الشافعى رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لاقطع فى ثمر ولا كثر واذا اواه الجرين او الجران قطع * قلنا اخرجه على وفاق العادة والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع (قال ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد) لعدم الاحراز ولاقطع فى الاشربة المطربة لان السارق يتأول فى تناولها الاراقة * ولان

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام وما يوجد مباحا فى الاصل فى دار الحرب وهوعزيز لا يورث الشبهة لان الاموال كلها فى دار الحرب على الاباحة وتفاهة الشئ يعرف بالرجوع الى العرف فان الانسان قد يترك الاخذ مع القدرة عليه ويعد اظهار الرغبة فيه عن الخساسة وكذا الضنة به تعد من الخساسة وتفاهته من هذا الوجه يخل بخطره وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كنقصان قدر النصاب قوله بصورته اى بخلقته الاصلية قوله والطير يطير والصيد يفر بيان نقصان الحرز قوله وهوعلى تلك الصفة احترازعن الاوانى والابواب المتخذة من الخشب فان فيها القطع قوله والكثر الجمار وهو شئ ابيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال هو حطب او صغار النخل فقد اخطأ ذكره المطرزى والودى الصغارمن النخل وقيل غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس قوله لانه يقطع فى الحنطة والسكر اجماعا هذا اذا سرق فى ايام الخصب اما المجاعة والقحط قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقا من غير تفصيل بين المهيأ للاكل وغيره لانه يرخص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة قوله واذا اواه الجرين او الجران هذا تردد من الراوى فقد اشكل عليه لفظ النبى عليه السلام فقال هذا او هذا والجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف كذا فى المغرب وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منخره فجاز ان يسمى به هنا الجراب المتخذ منه قوله على وفاق العادة يعنى انما ثبت القطع فيما اواه الجرين بناء على عادتهم انهم كانوا لا يضعون فى المربد الا اليابس فانصرف اللفظ الى اليابس فلا يكون حجة علينا لان نقول بوجوب القطع فى اليابس قوله ولا قطع فى الفاكهة على الشجر وان يبس ولا يقطع فى الا شربة المطربة اى المسكرة * وفى الايضاح ويقطع فى الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد * قوله

* ولان بعضها ليس بمال وفى ماليه بعضها اختلاف فتحقق شبهة عدم المالية (قال ولا فى الطنبور لانه من المعازف ولا فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية) * وقال الشافعى رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه * وعن ابى يوسف رحمه الله مثله * وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها * ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول فى اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هو توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب (ولا يقطع فى ابواب المسجد الحرام) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه (قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد) لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التى عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه ان كان الصليب فى المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان فى بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبى الحر وان كان عليه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ولانه يتأول فى اخذه الصبى اسكاته به او حمله الى مرضعته * وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم كيلا يكون فى يد نفسه (ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) لانه غصب او خداع (ويقطع فى سرقة العبد الصغير) لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء فى اعتبار يده * وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمى من وجه مال من وجه * ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا قطع فى الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا فى دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغذ * * قال

قـــوله ولان بعضها ليس بمال اى بمتقوم كالخمر قـــوله وفى مالية بعضها اختلاف كالمنصف والباذق * وفى المغرب المعازف الآت اللهو التى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب واذا افرد المعزف فهو نوع من الطنابير يتخذه اهل اليمن قـــوله وقيمة الآنية تربو على النصاب وكذا اذا كانت مساوية للنصاب * الصليب شئ مثلث كالتمثال يعبده النصارى * الشطرنج بكسر الشين على وزن جرد حل * وفى الذخيرة ولا قطع فى سرقة الشطرنج وان كان من ذهب والنرد يكون كذلك قـــوله وان كان الصليب فى المصلى هو موضع الصلوة او الدعاء * والمراد به هنا موضع صلوة النصارى وهو معبدهم قـــوله وما عليه من الحلى تبع له * وقال ايضا فى المبسوط الاترى انه لو سرق ثوبا لا يساوى عشرة دراهم ووجد فى جيبه عشر دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم اقطعه وان كانا يعلم بها فعليه القطع * وعن ابى يوسف رحمه الله ان عليه القطع فى الاحوال كلها لان سرقته قد تمت فى نصاب كامل قـــوله والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم كيلا يكون فى يد نفسه حتى لو كان يمشى ويتكلم لا تقطع اجماعا لان له يدا على نفسه وعلى ما هو تابع له فكان اخذه خداعا قـــوله ولا قطع فى الدفاتر كلها اما كتب الفقه والاحاديث والتفسير فهى كالمصحف من وجه وان كانت اشياء مكروهة فهى كالطنبور قـــوله الا فى دفاتر الحساب * والمراد دفاتر مضى حسابها لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغذ فيقطع ان بلغت نصابا واختلفوا فى كتب الادب فقيل هى ملحقة بدفاتر الحساب من حيث انه لا يحتاج اليها فى معرفة احكام الشرع * وقيل * * * * * * * ملحقة

قال ولا

(قال ولا فى سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فاورث شبهة (ولا يقطع فى دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندهما لاقيمة لها * وعند ابى حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الاسلام (ويقطع فى الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب او انى وابوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الابرى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط فى غير الحرز * وفى الحصير البغدادية قالوا يجب القطع فى سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع فى غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لايرغب فى سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور فى الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبى عليه السلام لاقطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن (ولا قطع على النباش) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف والشافعى رحمهما الله يقطع لقوله عليه السلام ومن نبش قطعناه * ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه * ولهما قوله عليه السلام لاقطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لاملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لان الجناية فى نفسها نادرة الوجود وما وراه غير مرفوع * * * * * او هو

ملحقة بالفقه والتفسير لان معرفتهما يتوقف عليها **قوله** ولا يقطع فى دف ولا طبل هذا اذا كان طبل لهو واما طبل الغزاة فقد اختلف المشائخ فى وجوب القطع فيه واختيار الصدر الشهيد رحمه الله انه لايجب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيتمكن الشبهة كذا فى المحيط **قوله** الساج شجر يعظم جدا قالوا لا ينبت الا فى بلاد الهند * والقنا بالقصر جمع قناة وهى خشبة الرمح * والآبنوس بفتح الباء **قوله** وانما يجب القطع فى غير المركب اراد به تركيب الباب على الجدار اى انما يجب القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة فى البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها **قوله** ولا قطع على خائن ولا خائنة وهو ان يخون المودع ما فى يده من الشئ المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية * والاختلاس ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا **قوله** محرز بحرز مثله * قال الطحاوى رحمه الله حرز كل شئ يعتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لايقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لايقطع ومسئلة النباش اختلف الصحابة رضى الله عنهم فيها فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضى الله عنهم * قالوا بوجوب القطع على النباش * وابن عباس رضى الله عنهما كان يقول لاقطع عليه واتفق عليه من بقى فى عهد مروان من الصحابة على ما روى ان نباشا اتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبهذا تبين فساد من يستدل بالاية لايجاب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة مع النص وما اختلفوا على خلاف النص كذا فى المبسوط **قوله** وما رواه غير مرفوع قيل انه من كلام زياد * * * * * * * * قوله

اوهو محمول على السياسة وان كا القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بينا (ولا يقطع السارق من بيت المال) لانه مال العامة وهو منهم (قال ولا من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع) لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخر المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الابيعا بالتراضى * وعن ابى يوسف رحمه الله انه لايقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه اورهنا من حقه * قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن فى موضع الخلاف * ولوكان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عادفسرقها وهى بحالها لم يقطع) والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله تعالى وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة * * ولنا

قــوله او هو محمول على السياسة الاترى انه قال فى ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللامام رأى فيمن اعتاد ذلك وان كان القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح سواء نبش الكفن اوسرق مالا آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميت فيه اذ لكل احد تأويل الدخول زيارة وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة قــوله لما بينا اى من اختلال صفة المالية والمملوكة والحرز قــوله لما قلنا من ان له فيه شركة وهى تورث الشبهة قــوله والحال والمؤجل فيه سواء اى فى عدم القطع * والقياس فى المؤجل القطع لانه لاحق له فى اخذ شئ من ماله قبل حلول الاجل * وفى الاستحسان لاقطع لان التأجيل لا يسقط اصل الدين يتمكن من اخذ مثل حقه واكثر ما فيه انه استعجل ما كان مؤخرا من حقه ومثل هذا الاخذ لاينفك عن شبهة فلا يوجب القطع قــوله لان له ان يأخذ عند بعض العلماء وهو قول ابن ابى ليلى لوجود المجانسة باعتبار المالية ومن العلماء من يقول يأخذه رهنا بحقه قــوله حتى لوادعى ذلك بان قال انما اردت أن آخذه رهنا بحقى اوقضاء بحقى درئ الحد بشبهة اختلاف العلماء قــوله قيل يقطع وهكذا نص القدورى فى شرحه لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان الاترى انه لو وكل رجلا ليشترى له شيئا بدنانير فاشترى له بدراهم اوعلى القلب يصير مخالفا قــوله وقيل لايقطع وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهو الصحيح لان النقود فى حكم جنس واحد ولهذا يكمل احدهما بالآخر فى باب الزكوة وقد قال ابو حنيفة رحمه الله ان للامام ان يتبادل احد النقدين بالآخر بغير رضاء المديون لقضاء حقه وكذا فى شراء ما باع بمنزلة جنس واحد حتى لا يصح قــوله من غير فصل اى بين ان يسرق الشئ المسروق اولا او غيره قــوله ولان الثانية متكاملة كالاولى لانه سرق من حرز لاشبهة فيه كما فى المرة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع فى المرة الاولى فكذا فى المرة الثانية بل الجناية فى المرة الثانية اقبح عرفا فكان اولى بشرع القطع وهذا لانه بعدرد المتاع يصير هذا العين فى حق السارق كعين آخر فى حكم الضمان حتى لوغصبه واتلفه كان ضامنا فكذا فى حكم القطع *قوله

* ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول (قال

فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فى كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى الحرز والاخذ منه

(ومن سرق من ابويه او ولده او ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوطة فى المال وفى الدخول فى الحرز والثانى للمعنى الثانى ولهذا اباح الشرع النظر * * * * * الى

قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل يعنى ان صفة المالية والتقوم لم يبق فى هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فبعد ذلك ان ظهرت المالية والتقوم فى حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندرئ بها وهو نظير ما يوجد مباح الاصل فى دار الاسلام اذا احرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل قوله على ما يعرف اشارة الى قوله بعد او راق لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه قوله نظرا الى اتحاد الملك بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كما لو كان غزلا فنسجه او لم يسرق عينا آخر من المسروق منه وقيام الموجب اى سقوط العصمة على المحل لان سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع قوله بخلاف ما ذكر اى فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قيل لا يلزم القطع ايضا ولئن سلم فالملك هناك بتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا ايضا * وهذا لان اختلاف اسباب الملك كاختلاف الاعيان الاترى ان المشترى اذا باع غيره ثم اشتراه ثم اطلع على عيب قديم لم يرده على البائع الاول بخلاف ما اذا زنى بامرأة فحد ثم زنى ثانيا حيث لزمه الحد لانه لا يجب باعتبار المستوفى وانه متلاش والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاولى مع ان هناك حرمة المحل لا تسقط فى حقه باستيفاء الحد منه فى المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذى هو حق المالك فى العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق قوله وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول * ذكر الامام المرغينانى رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا اما لو نسبه الى غير ذلك الزنا فانه يحد ايضا قوله ولهذا يملكه الغاصب به اى بالنسج قوله وهذا هو علامة التبدل اى ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليل تبدل العين والا لما انقطع حق المالك عن المغصوب * فان قيل العين الاول قائم حقيقة * وانما تبدل اسمه وصورته * قلنا المتمكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى الحرز والاخذ منه

الحرز الموضع الحصين الذى اعد لحفظ الامتعة قوله والثانى وهو قرابة المحرمية للمعنى الثانى وهو الدخول فى الحرز * * * * * قوله

الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة * وفى الثانى خلاف الشافعى رحمه الله لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه فى العتاق (ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغى ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من امه من الرضاعة قطع) * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة * وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لايسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لبسوطة بينهما فى الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف فى الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له فى اكسابه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن على رضى الله تعالى عنه درأ وتعليلا * * * * * * قال

قوله الى مواضع الزينة الظاهرة * ذكر فى المبسوط ولهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهى قرابة ذى الرحم المحرم * ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجىء فى الكراهية انشاء الله تعالى * ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظهر فى العادة عند ترك التكلف فى السر لا ان يراد بها الوجه والكف فقط لان النظر الى الوجه والكف مباح للاجنبى ايضا اذا لم يكن عن شهوة ويدل عليه **قوله تعالى** ليس على الاعمى حرج الى قوله او بيوت خالاتكم فظاهره يقتضى الاباحة وهو وان ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ولا يلزم **قوله تعالى** فى آخر الآية او صديقكم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقا له فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة * واما الاخوة وما يضاهيها فيبقى مع السرقة كالابوة **قوله** وفى الثانى خلاف الشافعى رحمه الله اى فى ذى الرحم المحرم **قوله** اعتبارا للحرز وعدمه على طريق اللف والنشر من غير ترتيب **قوله** بخلاف الاخت من الرضاعة لانه لا شبهة فى المال والحرز اما لا شبهة فى المال فلانه لا ينتفع كل واحد بمال الآخر من غير اذن الاخرى انه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة * واما الحرز فلانه لا يجوز الدخول من غير استيذان **قوله** كما اذا ثبت بالزنا يعنى اذا سرق من بيت بنت المزينة يقطع مع وجود المحرمية بزنا امها **قوله** واقرب من ذلك يعنى الاقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة اى من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت رضاعا فان الام والاخت من الرضاع يتشابهان ويتشاكلان فان محرميتهما ثبت بالرضاع ولو كانت الامومة من الرضاع مؤثرة كانت الاختية مؤثرة ايضا كما فى النسب فالحاق الرضاع بالرضاع اولى من الحاق الرضاع بالزنا **قوله** ودلالة وهو ان عقد النكاح بينهما دال على البسوطة لانهما بعقد النكاح يصيران كمصراعى الباب وهذا يدل على البسوطة فى المال او لان البسوطة بينهما فى الاموال لما اثرت فى منع قبول شهادة احدهما للآخر فلان يمنع القطع اولى لان القطع من الحدود وهى تندرئ بالشبهات وهذا يعم الطرفين **قوله** درأ وتعليلا روى عن على رضى الله عنه انه اتى برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا * * * * * * * * * * * * **قوله**

قال

(والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ) * قال العبد الضعيف رضى الله عنه الحرز لابد منه لان الاستسرار لايتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس فى الطريق اوفى المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد (وفى المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لايجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا اونائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة وعلى هذا لايضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره فى الفتاوى (قال ومن سرق شيئا من حرز اومن غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين (ولاقطع على من سرق من حمام اومن بيت اذن للناس فى دخوله) لوجود الاذن عادة اوحقيقة فى الدخول فاختل الحرز ويدخل فى ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام او البيت الذى اذن للناس فى دخوله حيث لايقطع لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه) لان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة * * * * * ومن

قــــوله وفى المحرز بالمكان لايعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح * وذكر فى العيون على قول ابى حنيفة رحمه الله يقطع اذا كان ثمه حافظ وصورته رجل سرق من حمام فان كان صاحبه جالسا عليه فسل من تحته قطع عند ابى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لايقطع قال صدر الشهيد رحمه الله والفقيه ابو الليث رحمه الله اختار قول محمد رحمه الله فى الحمام ونحن نختار قوله ايضا اتباعا له قــــوله وان لم يكن له باب اوكان وهو مفتوح لعله اراد انه اذا دخل البيت ليلا وليس له باب او كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر الحافظ لما ذكر فى المحيط منقولا من الحاوى ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع قــــوله والمتاع تحته او عنده هو الصحيح * وقيل انما يكون محرزا به فى حال نومه اذا كان تحت جنبه او تحت رأسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به فى حال نومه * والصحيح انه يقطع بكل حال لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل بهذه لان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا الاترى ان المودع والمستعير لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فانه قال يضمنان فى هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها * وفى فتاوى ابى الليث رحمه الله سئل ابو القاسم عمن حمل ثياب الوديعة على دابته فنزل فى بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال ان اراد به الترفق ضمن وان اراد به الحفظ لايضمن * وذكر فى المحيط انما لايجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان نام قاعدا اما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان فى الحضر اما اذا كان فى السفر فلا ضمان عليه فى الحالين وقوله بخلاف ما ذكر فى الفتاوى يحتمل الكل قــــوله لوجود الاذن عادة اى فى الحمام اوحقيقة فى البيت الذى اذن فى دخوله قــــوله وانما الاذن * * * * * * * * يختص

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد منهما * وعن ابى يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى * وان القاه فى الطريق وخرج فاخذه قطع * وقال زفر رحمه الله لايقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لوخرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره * ولنا ان الرمى حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع اوليتفرغ لقتال صاحب الدار اوللفرار * * * * * * ولم

يختص بالنهار الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع فى النهار ايضا وعن ابى حنيفة رحمه الله ان سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده وعنهما انه لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزا فلايعتبر الاحراز بالحافظ وقد اختل الحرز بالمكان بالاذن فى الدخول فلايقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لاحراز الامتعة والاموال فكان محرزا بالحافظ كالصحراء قــــوله ومن سرق سرقة اى مالا فلم يخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة غصب فهلك فى يده قال بعض مشايخنا لايضمن والصحيح انه يضمن لان الدار كلها حرز واحد حتى اذا اذن له فى دخول الدار فسرق من البيت لايقطع وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لايستغنى اهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اى حجر ومنازل وفى كل مقصورة سكان ويستغنى اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار * وانما ينتفعون به انتفاع السكة فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار لان قطع الاخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة الاترى ان على باب كل مقصورة غلقا على حدة ومال كل محرز بمقصورته قــــوله وان اغار انسان * فى المغرب وفى رواية محمد رحمه الله وان اعان انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى فكانه اصح وان كان الاول اكثر * وفى مختصر الكرخى رحمه الله وكذلك ان اغار بعض اهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى صحن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجر دار واسعة محصنة بالحيطان * والمراد بالاغارة الاسراع فى الاخذ من اغار الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع فى العدو * ومنه كما يغير ثم قيل للخيل المغيرة غارة * ومنه وشنوا الغارة اى وفرقوا الخيل واغار على العدو اخرجه من حيوته بهجومه عليه قــــوله وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا وهى من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا يقطع عند ابى يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما فى الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه لم يذكر محمد رحمه الله والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى بالمتاع فى النهر ثم خرج واخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج وان خرج بتحريكه الماء قطع لانه اخرج كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله ولكن * * * ذكر

ولم

ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا اخرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق (قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف رضى الله عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به * ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما فى السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد (قال ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع) وعن ابى يوسف رحمه الله فى الاملاء يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده فى صندوق الصيرفى فاخرج الغطريفى *ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال فى الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد (قال وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده فى الكم يقطع) لان فى الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفى الثانى الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ فى الوجهين ينعكس الجواب * * * * * * * * * * * * * * لانعكاس

ذكر فى المبسوط فى اخراج الماء بقوة جريه * الاصح انه يلزمه القطع لان جرى الماء به كان بسبب القائه فى النهر فيصير الاخراج مضافا اليه فى هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز ان يجعل مسقطا للحد عنه **قوله** ولم تعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك اعترض عليه يد معتبرة فاوجب سقوط اليد الحكمية للسارق ولم يسقط يده الحكمية هنا **قوله** واذا دخل الحرز جماعة وانما وضع المسئلة فى دخولهم لانهم اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم كذا فى النهاية **قوله** فتولى بعضهم الاخذ وهو ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الآخذ صبيا او مجنونا لا يقطع واحد منهم وان كان الآخذ عاقلا بالغا وفيهم صبى او مجنون فلا قطع على واحد منهم عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله * وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الا على الصبى والمجنون * والغطريفى هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندى امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا **قوله** وان طرصرة الطرار الذى يطر الهميان اى يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدرهم يقال صررت الصرة اى شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفى قوله وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على ان المذكور فى اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على ما اذا ادخل يده فى الكم فطرها وعن ابى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال **قوله** فلا يتحقق هتك الحرز وهو ادخال اليد فى الكم واخراج الدراهم منه **قوله** قوله وينعكس الجواب يعنى فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذى كان خارج الكم وقعت الدراهم فى الكم فاحتاج فى اخذ الدراهم الى ادخال اليد فى الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط فى داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط فى داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ اخذ الدراهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز فى اخذ المال لانه وان * ادخل

لانعكاس العلة * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه * قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لوكان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحمل واخذ منه قطع) لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه اونائم عليه قطع) معناه اذا كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل * وذكر فى بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

فصل فى كيفية القطع واثباته

(قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل) * * * والبمين

وان ادخل اليد فى الكم انما ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وادخل يده واخذ شيئا وهناك لايجب القطع فكذلك ههنا قــــوله لانعكاس العلة فان الرباط اذا كان خارج الكم ففى صورة الطر لايقع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم وفى صورة حل الرباط يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم * واما اذا كان الرباط داخل الكم ففى صورة الطر يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وفى صورة حل الرباط لايقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم على ما ذكرنا قــــوله وانما قصده قطع المسافة اى فى حالة المشى او الاستراحة اى فى غير حالة المشى فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم لا بصاحبه فاذا قطع الكم واخذ المال من خارج الكم لاتقطع لان هذا سرقة الحرز والقطع انما يجب بسرقة المحرز من الحرز فاشبه الجوالق حيث يجب القطع بشقه واخذ المال منه ولا يجب منه بسرقة الجوالق اذا لم يكن له حافظ * القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا و قطرة مثل قطره واقطره لغة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرانا قــــوله لان الجوالق فى مثل هذا حرز يعنى فيما اذا كان للسارق خوف هجوم صاحبه * وذكر فخر الاسلام رحمه الله فى جامعه انما يعتبر الجوالق احرازا اذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولايكون محرزا لان المحرز اما بالحافظ اوبالمكان والجوالق ليس بمحرز بالمكان ولا بالحافظ قصدا فلا يجب القطع بسرقته * والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع فى حريسة الجبل وهى شاة تحرس فى الجبل للرعى لا يجب القطع وان كان الراعى حاضرا لان الراعى يقصد الرعى لا الحفظ فكان الحفظ تبعا والتبع له شبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان فى الحفظ فلايجب القطع قــــوله اوحيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار هو اشارة الى قوله ولافرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا اونائما والمتاع تحته اوعنده هو الصحيح والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * *

فصل فى كيفية القطع واثباته

قــــوله الزند مفصل طرف الذراع فى الكف * وقال الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط * وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه لزوال تمكنه من البطش بها * قلنا هذا مخالف للنص فالنبى عليه السلام امر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفى العقوبات انما يؤخذ بالمتيقين به * قوله

واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعنى الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبى عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند *والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضى الى التلف والحد زاجر لامتلف (فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله * وقال الشافعى رحمه الله فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد*ولنا قول على رضى الله عنه فيه انى لاستحيى من الله تعالى ان لادع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا يمشى عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى بما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله او نحمله على السياسة (واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا (وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء) لما قلنا (وكذا ان كان ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع) لان فوات الواحدة لايوجب خللا ظاهرا فى البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش * * * * * * * * * * قال

قـــوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا ايمانهما وقراءته لا تكون دون روايته وروايته اذا صارت مشهورة تزاد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كانه قال فاقطعوا ايمانهما من الايدى فلايتناول الرجل ولا اليد اليسرى وكان يقرأ سماعا فصار كالخبر المشهور فيقيد اطلاق الكتاب به لورودهما فى الحكم الواحد * والدليل عليه انه فى المرة الثانية لاتقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لايجوز العدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والايدى وان كانت بلفظ الجمع فالاصل ان ماتوحد من خلق الانسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما ولان الجمع المضاف الى جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم دوابهم فيصير معنى الآية والله اعلم فاقطعوا يدا من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبتت بالاجماع قـــوله وخلد فى السجن حتى يتوب * والمدة التى تظهر فيها التوبة مفوض الى رأى الامام * وقال بعضهم يحبس سنة * وقال بعضهم حتى يموت * وقيل علامة توبته ان يظهر سيماء الصالحين فى وجهه قـــوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه روى ابو هريرة رضى الله عنه انه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمنى قـــوله فحجهم اى غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه احد بالنص فى الباب فبان انه لانص فيه اذلو ثبت لبلغهم ولوبلغهم لاحتجوا * فان قيل اليس ان اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب * قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى عن ان تكون مرادة كمن قال لاخر اعتق عبدا من عبيدى ثم قال عنيت به سالما ولان الامر بالفعل لايقتضى التكرار ولان السارق اسم فاعل فيدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات لم يرد اجماعا وبفعل واحد لا يقطع الايد واحدة وقد تعينت اليمنى اجماعا فخرجت اليسرى عن الارادة قـــوله والحديث * * * * * * طعن

(قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا فى سرقة سرقها فقطع يساره عمدا اوخطأ فلا شئ عليه

عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا شئ عليه فى الخطأ ويضمن فى العمد) وقال زفر رحمه الله يضمن فى الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ فى الاجتهاد اما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لايجعل عفوا * وقيل يجعل عذرا ايضا * له انه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها * قلنا انه اخطأ فى اجتهاده اذ ليس فى النص تعيين اليمين والخطأ فى الاجتها عفو * ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان فى المجتهدات وكان ينبغى ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابى حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لايضمن ايضا هو الصحيح * ولو اخرج السارق يساره وقال هذا يمينى لايضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم فى العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا * * * * * * * * * * وفى

طعن فيه الطحاوى فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها اصلا اشاربها الى ماروا الشافعى رحمه الله من الاحاديث فى تصحيح دعواه هذه او يحمل على السياسة او على الانتساخ لانه يحتمل انه كان هذا فى الابتداء فقد كان فى الحدود تغليظ فى الابتداء الاترى انه قطع الايدى والارجل من العرنيين وسمل اعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا فى المبسوط * الحداد الذى يقيم الحد يقال منه كالجلاد من الجلد كذا فى المغرب **قــــوله** واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا انما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه امر بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه كذا فى شرح الطحاوى رحمه الله **قــــوله** والمراد بالخطأ هو الخطأ فى الاجتهاد اى اجتهد فى جواز قطع اليسار نظرا الى اطلاق النص اما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا لان الجهل فى موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار **قــــوله** والخطأ فى الاجتهاد موضوع بدليل **قوله تعالى** ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فباذن الله اثبت الاذن فيهما مع ان الحق عند الله احدهما **قــــوله** وان كان فى المجتهدات اى وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهره اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر فى عمد الظلم كالقاضى اذا تعمد الجور فى حادثة **قــــوله** ولابى حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف * فان قيل اليمنى لم يحصل له بسبب القطع بل كان حاصلا له من قبل * قلنا اليمنى من حيث الاعتبار حصل له بقطع اليسرى لانها لما صارت على شرف الزوال فهى كالفائتة من حيث الاعتبار * فان قيل لو قطع رجله اليمنى يضمن وقد اتلف واخلف عوضا وهو اليد اليمنى * قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتالف ليس من جنس الباقى وعلى هذه النكتة لو قطع غير الحداد لا يضمن **قــــوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر فى شرح الطحاوى هذا كله اذا قطع الجلاد بامر السلطان ولو قطع غيره يده اليسرى فان فى العمد القصاص وفى الخطأ الدية **قــــوله** لانه قطعه بامره الاترى ان من قطع يد غيره باذنه من غير ان يكون قطعه مستحقا بالسرقة لايضمن لان البذل فى الاطراف يسقط ضمانها فهنا اولى **قــــوله** ثم فى العمد عنده عليه ضمان المال اى عند ابى حنيفة رحمه الله * وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بالذكر وان وجب الضمان بالاتفاق لان شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما يرد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب ضمان اليد على الحداد فيظن ان القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب ضمان الحداد فخصه دفعا لهذا الوهم * * * * * * * * * * **قــــوله**

وفى

وفى الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لان الخصومة شرط لظهورها * ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعى رحمه الله فى الاقرار لان الجناية على مال الغير لاتظهر الابخصومته (وكذا اذا غاب عند القطع عندنا) لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لايقطع بخصومة الغاصب والمستودع * وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك فى السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه * والشافعى رحمه الله بناه على اصله اذ لاخصومة لهؤلاء فى الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلايظهر فى حق القطع لان فيه تفويت الصيانة * ولنا ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة * مطلقا

قــــوله وفى الخطأ كذلك اى يجب ضمان المال على السارق على هذه الطريقة اى على طريقة ان القطع لم يقع حدا وعدم الضمان على الحداد لانه اتلف واخلف ما هو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان فى ضمن وجود القطع حدا وعلى طريقة الاجتهاد لايضمن لان ذلك وقع موقع الحد وعلى طريقتهما وهو ان الضمان بطل بطريقة الاجتهاد لايضمن لوقوعه موقع الحد قــــوله الا ان يحضر المسروق منه ولم يقل الا ان يحضر المالك لان السارق عندنا يقطع بخصومة المستودع والمستعير قــــوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا اى يشترط حضور المسروق منه ومطالبته بالسرقة فى الشهادة والاقرار خلافا لابن ابى ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبة كالزنا * وللشافعى رحمه الله فى الاقرار لان الشهادة تبتنى على الدعوى فى المال بخلاف الاقرار قــــوله وصاحب الربوا قال فى المحيط يحتمل انه اراد رجلا باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض العشرين وجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلثة لان هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب قــــوله وكل من له يد حافظة كمتولى الوقف والاب والوصى قــــوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته * الاصح من النسخ قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين اى حال قيام المرهون فى يد السارق * ذكر فى المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لاسبيل له على اخذ الرهن وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه قــــوله لانه لاحق له فى المطالبة بالعين بدونه اى بدون قضاء الدين هذا على اصح النسخ * وفى بعض النسخ حال قيام الرهن قبل قضاء الدين اوبعده لانه لاحق له فى المطالبة بالعين بدونه اى بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا دينه فلم يبق له حق فيه * وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعى رحمه الله بناه على اصله اذ لاخصومة لهؤلاء عنده فى الاسترداد لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة الاترى انهم لايملكون الخصومة فى الدعوى عليهم ابقاء لليد فلان لايملكوا الخصومة فى الدعوى منهم اعادة لليد اولى * وزفر رحمه الله يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ فيظهر فى حق الاسترداد ولايظهر فى حق القطع * ولنا ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا * * * * * * قــــوله

مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فانه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن فى دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثانى) لان المال غير متقوم فى حق السارق حتى لايجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسه وللاول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثانى قبل ان يقطع الاول او بعد ما درىء الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع) وعن ابى يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة * وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضى على رجل بالقطع فى سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذا اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة * ولنا ان الامضاء من القضاء فى هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده * واذا

قــــوله مطلقا رد لقول زفر رحمه الله ان ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة ولو اظهرنا ولاية الخصومة فى حق استيفاء القطع لاظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا خصومتهم واقعة لانفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وذا لايتأتى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالملك وقد ازيلت فلهم حق الاعادة لان صاحب اليد ان كان امينا فلا يتمكن من اداء الامانة الابيده وان كان ضمينا فلا يتمكن من اسقاط الضمان من نفسه الابيده فكانت الخصومة له لالغيره * ومن هذا خرج الجواب عن اشكال يوردهنا وهو ان الوكيل بالخصومة فى السرقة اذا اقام البينة بالسرقة عند القاضى لايقطع وان ظهرت السرقة عند القاضى بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك ويقطع بخصومة هؤلاء لما ذكر ان كل واحد من هؤلاء يخاصم لاعادة اليد الثابتة له الاترى انه يستغنى عن اضافة الخصومة* فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالقصاص* قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان ان المال ليس للسارق ولكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف القصاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع ليعيد يده التى كانت حقا له فى الوديعة وليس فى استيفاء القود اعادة اليد على الوديعة بل تصرف آخر وهو الاتلاف فلم يثبت قــــوله فانه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المودع هكذا ذكر فى المنتقى لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذى كان عنده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره قــــوله وان كانت شبهة الاذن فى دخول الحرز ثابتة كما لو حضر المودع وقال انه كان ضيفا عندى وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها فى الحال واما ما يتوهم اعتراضها لايعتبر الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع *قــــوله لان الخصومة شرط لظهور السرقة اى بالبينة *قــــوله لانتهاء الخصومة

واذا

واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء (قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب) يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله اعتبارا بالنقصان فى العين * ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان فى العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا (واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة * وقال الشافعى رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدى الى سد باب الحد *ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعا) لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الاخر لان السرقة تثبت باقرار هما على الشركة (فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر فى قول ابيحنيفة رحمه الله الاخر وهو قولهما) وكان يقول اولالايقطع لانه لو حضر ربما يدعى الشبهة * وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لايورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على مامر * * * * * * * * * واذا

بحصول مقصودها المقصود من الخصومة استرداد المال وظهور حق الله تعالى عند القاضى وقد حصل حيث اقام البينة عند القاضى فيكون منتهيا والشىء بانتهائه يتقرر والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لانه والخصومة شرط ولم يبق لانه لاقضاء الابعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلادعوى ولادعوى بعد ماوصل المسروق الى المسروق منه وانمايدعى القطع وهو اجنبى عنه ولاقطع بدعوى الاجنبى فكذا بدعواه ولو رده على ولده او ذى رحمه ان لم يكن فى عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان فى عياله لا يقطع لان يد من فى عياله كيده حكما ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من فى عياله يبرء المديون بقبضه وكذا لورد على امرأته اوعبده او اجيره مشاهرة او مسانهة ولو دفع الى والده او جده او والدته او جدته وليسوا فى عياله لا يقطع لان لهؤلاء شبهة الملك بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى مكا تبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على سيده لايقطع لان مال المكاتب للمولى رقبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم فى ماله **قوله** واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء وهذا بخلاف رد المال لانه يؤكد الخصومة السالفة وينهيها لحصول المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منه وثم انما يخاصم ليرد عليه وما يفوت مقصودا لشىء لا يكون منهيا له * فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد * قلنا اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استو فى وذلك متلاش وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باق **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ان الامضاء من القضاء **قوله** بعد ما شهد الشاهد ان بالسرقة وانما قال ذلك لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط القطع عنه بالاتفاق **قوله** ولا معتبر بما قال اى الشافعى رحمه الله وهو قوله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعنى ما من مقر الا ويتمكن من الرجوع ومع ذلك صار معتبرا فى ايراث الشبهة فكذا هذا **قوله** لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر * فان قيل قوله هو مالى مورث للشبهة فى حق الراجع كما فى المسئلة الاولى فاذا كان شبهة فى حقه يكون * * * * * فى حق

(واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رحمه الله ومعنى هذا اذا كذبه المولى (ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع فى الوجهين) وقال زفر رحمه الله لا يقطع فى الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لايصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لايصح اقراره بالمال ايضا * ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لاتهمة فى هذا الاقرار لمايشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير * لمحمد رحمه الله فى المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد فى سرقته مال المولى ويؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى يسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفى عكسه لاتسمع ولايثبت واذابطل فيما هو الاصل بطل فى التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذى فى يده صحيح فيصح فى حق القطع تبعا * ولابى يوسف رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح فى حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى تقطع يد المقر وان كان لايصدق فى تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد * ولابى حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع * * اما

فى حق الآخر شبهة الشبهة وهى غير معتبرة * قلنا سقط القطع عن الراجع برجوعه لابطريق الشبهة فاما فى المسئلة الاولى ليس ذلك رجوعا لان المسئلة فيما اذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله هومالى رجوعا فاعتبر شبهة **قوله** واذا اقر العبد المحجورعليه بسرقة عشرة دراهم بيعنهاقيد بالمحجور لانه لاخلاف فى المأذون عند علمائنا الثلثة وبقوله بعينها لانه لاخلاف فى المستهلكة عندهم ايضا **قوله** ولانه لاتهمة الى قوله ومثله مقبول على الغير كما اذا شهد العبد عند الامام برؤية هلال رمضان وفى السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم تقبل فى سائر المواضع لما انه لاتهمة فيه لانه يلزمه الصوم بهذا ويلزم غيره وكذا لو اقر الحر المديون المفلس بالقتل العمد فانه يقتص بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون ارباب الديون **قوله** حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع الاترى ان المسروق منه لو قال ابغى المال ولا ابغى القطع تسمع خصومته ولو قال ابغى القطع ولا ابغى المال لاتسمع خصومته ويثبت المال دونه كما لو شهد به رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولايقطع **قوله** ولابى حنيفة رحمه الله ان الاقرار قد صح منه بالقطع لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال وهذا لان الجزاء انما يجب عليه بسبب الجناية والجناية انما تتحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يتحقق من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال **قوله** لان الاقرار يلاقى حالة البقاء لان الاقرار اخبار عن امر كائن فلا بد وان يتحقق ذلك الشئ حتى يتصور الاخبار منه * * * * * * * * * * * **قوله**

اما لايجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع فى الفصول كلها لزوال المانع (قال واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت الى صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك * وقال الشافعى رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه * والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم او شرب خمر مملوكة للذمى * ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافى القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة ومايؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المحل لايبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولاضرورة فى حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره * ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان * * * لانه

قوله اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى اى لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه قوله وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو قوله واذا كانت مستهلكة لان الهلاك فى عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك ويضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان فى الاستهلاك يثبت فى الهلاك بالطريق الاولى قوله او شرب خمر مملوكة للذمى اى على اصلكم فان عنده لايجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمى قوله لانه اى لان السارق يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ كما فى الغصب وعن هذا قالوا ان هذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى الغصب قوله وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى يعنى ان وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتف فيبقى الضمان بالضرورة لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم قوله اذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه فينتفى القطع لان الحرمة لحق العبد لا يوجب حرمة عينه وما كان حلالا فى نفسه لايصلح سببا للعقوبة كشرب عصير الغير واخذ ماله غصبا انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة من العبد الى الرب قبيل السرقة ليكون ورود الجناية على حق الله تعالى * فان قيل فعله لاقى عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنايتين كما فى القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفى قتل صيد مملوك فى الحرم يجب الجزاء والقيمة وفى شرب خمر الذمى يجب الحد والضمان * قلنا فى النفس حقان حق الشرع وحق العبد فوجب الضمانان والجزاء فى قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان باتلاف مال الغير والحد وجب بشرب الخمر صيانة لعقله والضمان باتلاف مال متقوم للذمى جبرا لحقه وهنا الجناية متحدة لانه محلها العصمة وهى واحدة وقد صارت لله تعالى فلم يبق للعبد والجناية الواحدة متى اوجبت جزاء الفعل كملا لا يوجب بدل المحل كقطع اليد قصاصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان مايجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين ان العصمة كانت له فلا يضمن والاظهر انها كانت للعبد فيضمن * فان قيل ان انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لاسبب سوى السرقة وان انتقلت بعدها فلا يفيد لان السبب صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو * باطل

لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة (قال ومن سرق سرقات فقطع فى احدىها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التى قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق فى السرقات كلها * لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة * وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضى اما الوجوب بالجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الاترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل * وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم فى البعض والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * باب

باطل ايضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود * قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا لصيرورة الجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذى هو حقه كما يثبت الملك فى قوله اعتق عبدك عنى على الف فقال اعتقت ضرورة صحة العتق اقتضاء * ولهذا قلنا فى رواية يضمن بالاتلاف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر فى فعل السرقة دون غيرها اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها والاتلاف فعل آخر فلا يظهر فى حقه فيضمن كما لو اتلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاتلاف اذ لاحاجة الى نقل العصمة فى حق الغير فيبقى معصوما حقا للعبد نظرا الى الغير فيضمن **قوله** لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة اى سقوط العصمة فى حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة فى الهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للعبد فى حالتى الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقا له فى حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص * وروى هشام عن محمد رحمهما الله ان السارق لايضمن فى الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضى القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع النقصان الذى لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا فى المبسوط * وذكر فى الايضاح قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحل للسارق ان ينتفع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاطه قميصا لم يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغى اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الحربى اذا اخذ شيئا من اموالنا ثم اسلم لم يحكم عليه بالرد ويفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المال المسروق يفتى باداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى والاصل فى هذه المسائل كلها ان كل فعل انعقد سببا لوجوب الضمان وتعذر ايجابه بعارض ظهر اثر ذلك العارض فى حق الحكم واما الفتوى فيما بينه وبين الله فيعتبر قضية السبب **قوله** لان مبنى الحدود على التداخل ومعنى التداخل الاكتفاء بحد واحد **قوله** فاذا وجد القطع وقع عن الكل فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال اذ لا يصح البذل من واحد عن الكل * قلنا بذل المال لسقوط عصمته امر شرعى ثبت بناء على استيفاء القطع لاباعتبار العبد الاترى انه يستوفيه من يملك البذل ومن لايملكه كالاب والوصى والله اعلم بالصواب * باب

باب

باب ما يحدث السارق فى السرقة

(ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يقطع) لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع * ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة (وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولاقطع فيه (ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه) وهذا عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لاسبيل للمسروق منه عليها واصله فى الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه * * * * فان سرق

باب ما يحدث السارق فى السرقة

قــــوله ثم اخرجه وهو يساوى عشرة دراهم اى بعد الشق يساوى عشرة دراهم فيشترط كمال النصاب عند الاخراج قــــوله لان فيه سبب الملك * وانما قلنا ذلك لان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك فان سبب الملك لولم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق كذا فى الاسرار قــــوله وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع والجامع بينهما هو ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك قــــوله ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك اى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد بدل عليه قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ قــــوله وكما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فثبت به الملك للبائع فكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الملك وهو الشق وان كان الخرق اتلافا لم يقطع لانه استقر الضمان وانه ينفى القطع * وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع كذا فى الايضاح * وذكر الامام التمر تاشى رحمه الله فى حد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة قــــوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وقيل فى حد الفاحش ان ينقص ربع القيمة وقيل ما لا يصلح الباقى لثوب ما والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شئ من المنفعة كذا ذكره الامام التمر تاشى رحمه الله فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار تضمين كل القيمة بل له تضمين قيمة النقصان * فان قيل قد او جبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان * قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدى الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل فى جناية واحدة وهنا لايؤدى اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة فى شئ قــــوله يجب فيه القطع من صورة المسئلة اى سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان يساوى عشرة دراهم قــــوله فلم يملك عينه اى عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المضروب * * * * * * * * قــــوله

(فان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا * ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك فى الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه اسود اخذ منه فى المذهبين) يعنى عند ابى حنيفه ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابى حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * *

باب قطع الطريق

(قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا ما لا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمى والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه **قوله تعالى** انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية * والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال * * وهى

قوله فرجحنا جانب السارق * فان قيل لو انقطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب ان يمتنع القطع * قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كحنطة طحنها السارق يجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقة الحنطة وبالطحن يملك الدقيق دون الحنطة * تحقيقه ان ثبوت الملك للسارق لرجحان الصنع لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله **قوله** فاستويا من هذا الوجه اى من حيث ان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا اى ما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب **قوله** وان صبغه اسود اخذ منه فى المذهبين يعنى مذهب ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند ابى حنيفة رحمه الله السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المسروق منه فله ان ياخذ الثوب ولا يعطى شيئا وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله السواد زيادة لكن محمدا رحمه الله لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما فى الحمرة فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كما فى الحمرة وابو يوسف رحمه الله يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كما فى الحمرة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * *

باب قطع الطريق

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى اما تسميتها سرقة لان قاطع الطريق يأخذ المال خفية وسرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقام المالك واما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ ملكهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد فى حق قطاع الطريق كذا فى المحيط **قوله** واذا خرج جماعة اطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد * * * * * * * * * * وذكر

وهى اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها * اما الحبس فى الاولى فلانه المراد بالنفى المذكور لانه نفى عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لاتتحقق الا بالمنعة * والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمى لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لايجب القطع وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر * والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة * والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناها (ويقتلون حدا حتى لوعفا الاولياء عنهم لايلتفت الى عفوهم) لانه حق الشرع * والرابعة (اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم او صلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم) * * * * * قال

---

* وذكر فى المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين او من اهل الذمة على قوم من المسلمين او من اهل الذمة ممتنعين اى متقوين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن انفسهم او واحد يقدر على الامتناع اى على التقوى ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه **قوله تعالى** انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية اى يحاربون اولياء الله على حذف المضاف لان احدا لايحارب الله ولان المسافر فى البرارى فى امان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالمتعرض له كانه يحارب الله تعالى * والمراد منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا ان قتلوا آلخ لا التخيير كما قال مالك رحمه الله متشبثا بظاهر الآية او ثبت ذلك بقوله عليه السلام من اخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن اخذ المال وقتل صلب **قوله** وهى اربعة وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فالاحوال خمس * احدها خوفوا لاغير وهنا عزروا ادنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا * والثانية اخذوا الاموال وفى هذا اذا تابوا قبل ان يؤخذوا ثم اخذوا لم يحدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك * والثالثة جرحوا لاغير وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص والارش فيما لايجرى والاستيفاء الى صاحب الحق * والرابعة اخذوا المال وجرحوا وهنا يقطع ايديهم وارجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم ما دون النفس حكم الاموال فيسقط * والخامسة * اخذوا المال وقتلوا او قتل احدهم رجلا بسلاح او غيره * فالحق هنا للامام على ما هو المذكور فى الكتاب **قوله** اما الحبس فى الاولى اى فى الحالة الاولى وهى ما اذا اخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفى المذكور فى الآية * وقال الشافعى رحمه الله المراد من النفى الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير فى الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له **قوله** وشرط كمال النصاب وقال مالك رحمه الله المعتبر ان يكون المأخوذ فى نفسه نصابا كاملا سواء اخذه الواحد او الجماعة وهكذا مذهبنا فى السرقة الصغرى * وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة فى موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان فى السرقة الا باعتبار عشرين درهما * ولكنا نقول يغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففى النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء **قوله** كيلا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء * * * * * * * * * * * * * * او مقطوعة

(قال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولايقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم * ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لافي حد واحد * ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف رحمه الله انه لايتركه ولانه منصوص عليه والمقصود به التشهير ليعتبر به غيره * ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه ثم (قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت) ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة * وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به (قال ولايصلب اكثر من ثلثة ايام) لانه يتغير بعد فيتأذى الناس به * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره * قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة (قال واذا قتل القاطع فلاضمان عليه في مال اخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل احدهم اجرى الحد عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءً للبعض حتى اذا زالت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق (قال والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المادة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لاحد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد في هذه الجناية لايقام بعد التوبة * * * * * للاستثناء

اومقطوعة لم يقطع رجله اليمنى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه قـــوله وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يقتل او يصلب وفي عامة الروايات قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله قـــوله لانه جناية واحدة وهي قطع المارة عن الطريق قـــوله كحد السرقة والرجم يعني ان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لاغير لان القتل يأتي على ذلك كله قـــوله والتداخل في الحدود لافي حد واحد الاترى ان الجلدات في الزنا لاتتداخل *فان قيل هذا فاسد لان للامام ان يقتله ويدع القطع وعلى هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات * قلنا ولاية ترك القطع لابطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجراء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلافائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لافائدة في اقامته كذا في المبسوط قـــوله وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه وكذلك ان اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا اوجرحوا عمدا ولكن ما اخذوا من الاموال شيءٌ تافه او لا يصيب كل واحد منهم نصاب فالامر في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء فان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا *وقد طعن عيسى رحمه الله في هذه المسئلة وقال يقتلهم * * * * * * الامام

للاستثناء

للاستثناء المذكور فى النص او لان التوبة يتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله فظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولى القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك فى يده اواستهلكه (وان كان فى القطاع صبى اومجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور فى الصبى والمجنون قول ابى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى * وعن ابى يوسف رحمه الله انه لوباشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى * له ان المباشر اصل والردء تابع ولاخلل فى مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل فى التبع وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم * ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لايثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واماذو الرحم المحرم فقد

* * * * * * * * * * * * * * * * * * *

الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم الامام حدا لاقصاصا وهذا لان ما دون النصاب لمالم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه او لانه تتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال وما تتغلظ به الجناية لا يكون مسقطا ولكن ما قلناه اصح وهو المذكور فى الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر انهم يقصدون بقطع الطريق اخذ المال وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من اخذ المال واذا لم يأخذوا عرفنا ان مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فاوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم فاما اذا اخذوا الاموال عرفنا ان مقصودهم كان اخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من اخذ المال فباعتبار ماهو المقصود لا يمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب كذا فى المبسوط * وعد هذه المسئلة من اعجب المسائل وامر بحفظها وكونها اعجب من حيث ان ازدياد الجناية باخذ مادون النصاب مع القتل اورث فى حقه خفة فى فعله حيث جعل للعفو مجالا بخلاف ما لو لم يأخذ شيئا وقيل ليس للعفو فيه مجال بل يقتل حدا **قوله** للاستثناء المذكور * فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة كما فى آية القذف فما وجه الفرق * قلنا لان قوله اولئك هم الفاسقون لايصلح جزاء بل هى حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء على هذه الجملة وهنا العذاب العظيم فى الآخرة جزاء فعله كالذى تقدم فالتحق الاستثناء بالكل **قوله** او لان التوبة يتوقف على رد المال ليقطع به خصومة رب المال فان الامام لايقيم الحد الابخصومة صاحب المال فى ماله وقد انقطعت خصومته لوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد **قوله** ويجب الضمان اذا هلك فى يده او استهلكه * فان قيل ان التوبة لما توقفت على رد المال فكيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك فى يده وانه يوجب الحد * قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض اوهلك فى يده حيث يصح توبته ويجب الضمان * وفى معالى الاخبار للكلاباذى رحمه الله ان من اخذ مال الغير لغرض واتلف البعض ثم ندم على ذلك الصنع ورد ما بقى على عزم تدارك مافات يكون تائبا * وذكر فى الاصل ان رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة فى درء الحد فظهر حق العبد فى العفو والتضمين **قوله** لو باشر العقلاء يحد الباقون اى الباقون من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء البالغين **قوله** وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم اى اذا باشر الصبى والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا فى الاصل وهو المباشر **قوله** فصار كالخاطئ مع العامد اى اذا اشتركا فى القتل فانه لايجب القود * **قوله**

فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم * والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع فى حقه لخلل فى العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) لظهور حق العبد على ما ذكرناه (فان شاؤا عفوا عنه واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا اونهارا فى المصر اوبين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفى القياس يكون قاطع الطريق * وهو قول الشافعى رحمه الله لوجوده حقيقة * وعن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انه يجب الحد اذا كان خارج المصروان كان بقربه لانه لايلحقه الغوث * وعنه ان قاتلوانهارا بالسلاح اوليلا به اوبالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالى * ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك فى المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء * * * * * * * * * * * * * * * * لما

قــــوله فقد قيل تأويله اذاكان المال مشتركابين المقطوع عليهم * قال ابوبكر الرازى رحمه الله المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفى قطاع الطريق ذورحم محرم من احدهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم فيصير شبهة فى نصيب الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الامن ذى الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبى * والصحيح انه مجرى على الطلاقه لان مال جميع القافلة فى حق قطاع الطريق كشئ واحد لانهم قصدوا اخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة فى بعض ذلك المال فى حقهم فهو كتمكن الشبهة فى جميعه قــــوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله انه جناية واحدة قامت بالكل قــــوله فيهم اى فى المقطوع عليهم قــــوله لخلل فى العصمة وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستأمن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على السارق لوجود تمام السرقة وهواخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة فى حق المستأمن لا يخل بالسرقة لانه يختص به فكذا هنا قــــوله اما ههنا الامتناع لخلل فى الحرز كدار يسكنها اخو السارق واجنبى فسرق مال الاجنبى لايقطع لما ان الخلل فى الحرز فكذا هنا قــــوله لان الظاهر لحوق الغوث اى من الامام والناس فلا يمتنع التطرق فلا يتحقق القطع ولان السبب محاربة الله تعالى وهى انما تتحقق فى المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير فى حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما فى المصر وفيما بين القرى فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهويعتمد عليهما فيتمكن النقصان فى فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد * وقال بعض المتأخرين ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بذلك بناء على عادة اهل زمانه فان الناس فى المصر وفيما بين القرى كانوايحملون السلاح مع انفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطع الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا يندر بين الحيرة والكوفة لا تصال عمران احد الموضعين بالموضع الآخر فاما الآن فقد صار كالبرية وتركوا عادة حمل السلاح فى الامصار فيتحقق قطع الطريق فى الامصار وفيما بين القرى * * * * * * وعن

لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه) وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه فى باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق فى المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

كتاب السير

السير جمع سيرة وهى الطريقة فى الامور وفى الشرع تختص بسير النبى عليه السلام فى مغازيه (قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) اما الفريضة فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه مافرض لعينه اذهو افساد فى نفسه وانما فرض لا عزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام * * وان لم

وعن ابى يوسف رحمه الله فى المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا بحجر او بخشب نهارا لا وان كان ليلا حدوا لان السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث واما الخشب والحجر فيلبث فيدركه الغوث وقيل الغوث بالليالى فالامران فيها على التساوى قـــوله لما بينا اشارة الى قوله قبله لانه لا حد فى هذه الجناية فظهر حق العبد قـــوله ومن خنق بالتخفيف والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب السير

السير هى جمع سيرة وهى الطريقة فى الامور وفى الشرع تختص بسير النبى عليه السلام فى مغازيه * وفى المنشور السير جمع سيرة وهى فعلة من السير وقد يراد به السير الذى هو قطع الطريق وقد يراد به السنة فى المعاملات يقال سار ابو بكر رضى الله عنه بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسميت المغازى سير الان اول امورها السير الى العدو وان المراد بها سير الامام ومعاملاته مع الغزاة والانصار ومنع العداة والكفار * وذكر فى المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت فى لسان صاحب الشرع على امور المغازى وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج وقالوا السير الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذى هو الكتاب كقولهم صلى الظهر والسير الكبيرة خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير

* * *

قـــوله

(وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه) لان الوجوب على الكل ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان) لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية (وقال فى الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين فى سعة حتى يحتاج اليهم) فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لايتحصل الاباقامة الكل فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا) للعمومات (ولايجب الجهاد على الصبى) لان الصبى مظنة المرحمة (ولاعبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا اعمى ولا مقعد ولااقطع) لعجزهم (فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لايظهر فى حق فروض الاعيان كما فى الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلاضرورة الى ابطال حق المولى والزوج * * * * * * * * * * قال

قــــوله وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لانه انما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس * وانما شرط فى ذلك من كان فيه غنى ورفاع لان من لا ينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف لايتأتى مع العجز كما فى سائر العبادات كذا فى الايضاح قــــوله فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية * قيل خفافا فى النفير لنشاطكم وثقالا عنه لمشقته عليكم * وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه * وقيل ركبانا ومشاة * وقيل مهازيل وسمانا * وقيل عزابا ومتأهلين * وقيل شبانا وشيوخا * وقيل مشاغيل وغير مشاغيل * وقيل اغنياء وفقراء * وقيل خفافا الى المنازل وثقالا فى المصابرة * فان قيل هذه الآية باطلاقها تدل على ان يكون الجهاد من فروض الاعيان فى جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فما وجه التخصيص بالنفير العام مع ان العبرة لعموم اللفظ * قلنا عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية اخرى والسنة وشئ من المعقول * اما الآية فهى قوله تعالى لايستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى الله تعالى وعد للقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون اللائمة دون الحسنى * واما السنة فقد صح ان النبى عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع احدا منهم * واما المعقول فهو ماذكر فى الكتاب ان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد قــــوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد باول الكلام الجهاد واجب الا ان المسلمين فى سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا فكان بمجموعه اشارة الى الوجوب وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى انتهاء حكم السعة * وذكر فى الذخيرة فاذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من ورائهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتج اليهم اما اذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو او لم يعجزوا عن المقاومة الا انهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فانه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلوة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج * ونظيره الصلوة على الميت فان من مات فى ناحية من نواحى البلدة فعلى جيرانه واهل محلته ان يقوموا باسبابه وليس على كل من كان يبعد من الميت ان يقوم بذلك وان كان الذى يبعد من الميت يعلم ان اهل المحلة يضيعون حقوقه اويعجزون عنه كان عليه ان يقوم بحقوقه كذا ههنا * ثم يستوى ان يكون المستنفر عدلا او فاسقا يقبل خبره فى ذلك

قــــوله وقتال الكفار واجب * * * * * * * * * * * * اى

(قال ويكره الجعل على القتال ما دام للمسلمين فئ) لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال يعد لنوائب المسلمين (قال فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا) لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبى عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضى الله عنه كان يغزى الاعزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد والله تعالى اعلم بالصواب

باب كيفية القتال

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام (فان اجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال النبى عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية) به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد ماينتهى به القتال على ما نطق به النص وهذا فى حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لافائدة فى دعائهم الى قبول الجزية لانه لايقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون (فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا * * * * * * * * والمراد

اى الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام وعن اداء الجزية وان لم يبدؤا وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدؤا * اعلم ان رسول الله عليه السلام كان مأمورا فى الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال الله تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم فقال اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اى اذن لهم فى الدفع * وقال الله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال الله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء فى بعض الازمان قال الله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا فى الازمان كلها وفى الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة **قوله** ويكره الجعل اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد **قوله** فلا باس بان يقوى بعضهم بعضا لانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان واحوال الناس فى الجهاد يتفاوت * فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما * ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره * ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغنى بماله للفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

باب كيفية القتال

قوله فحاصروا مدينة اوحصنا حاصروا العدو محاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه واحاطوا به ومدن الرجل بالمكان اقام ومنه سمى المدينة والحصن بالكسر كل مكان محمى محرز لا يتوصل الى ما فى جوفه فالمدينة اكبر من الحصن **قوله** على ما نطق به النص وهو قوله تعالى * * * * قاتلوا

والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه فى القرآن والله اعلم (ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه) لقوله عليه السلام فى وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا آله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لاعلى سلب الاموال وسبى الذرارى فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهى ولاغرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبى عليه السلام اغار على بنى المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضى الله تعالى عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لاتكون بدعوة (قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلوة والسلام فى حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به فى كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كمانصب رسول الله عليه الصلوة والسلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة (قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم) لان فى جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا (ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير اوتاجر) لان فى الرمى دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) * * * * * * لما

قاتلوا الذين لايؤمنون ولا باليوم الآخر الى ان قال حتى يعطوا الجزية **قوله** والمراد بالبذل القبول بطريق اطلاق اسم المسبب على السبب اذ القبول سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كمافى قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة اى قبلوا **قوله** وكذا المراد بالاعطاء المذكور فى القرآن اراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية **قوله** فنكفى مؤنة القتال بالنون على بناء المفعول **قوله** للنهى وهو ما روى انه عليه السلام قال لعلى رضى الله تعالى عنه ولاتقاتل قوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهدى الله تعالى احدا على يديك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت **قوله** ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين اى عند الشافعى رحمه الله او الاحراز بالذرارى عندنا* وقال الشافعى رحمه الله يضمن لحرمة القتل * قلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد ومجرد حرمة القتل لايكفى لوجوب الضمان كما فى قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد*ابنى بوزن حبلى موضع بالشام * البويرة بوزن لفظ مصغر الدار موضع **قوله** ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير * وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الاترى ان للامام ان لايقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم اولى * ولكنا نقول امرنا لقتالهم ولو اعتبرنا هذا المعنى ادى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما يخلو عن مسلم عادة ولانه يجوز لنا ان نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكما لايحل قتل المسلم لايحل قتل نسائهم وصبيانهم كذا فى المبسوط **قوله** عن بيضة الاسلام اى مجتمعة للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها وهو انها * * * * * * * مجتمعة

لما بينا (ويقصدون بالرمى الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لادية عليهم ولاكفارة لان الجهاد فرض والغرامات لاتقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه * اما الجهاد بنى على اتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان (قال ولابأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك فى سرية لايؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقول عليه السلام لاتسافروا بالقرآن فى ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة فاما الشواب فمقامهن فى البيوت ادفع للفتنة ولايباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لابد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولاتقاتل المرأة الاباذن زوجها ولا العبد الاباذن سيده) لمابينا (الا ان يهجم العدو) للضرورة (وينبغى للمسلمين ان لايغدروا ولايغلوا ولايمثلوا) لقوله عليه السلام لاتغلوا ولاتغدروا ولا تمثلوا * والغلول السرقة من المغنم * والغدر الخيانة ونقض العهد * والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول (ولايقتلوا امرأة ولاصبيا ولاشيخا فانيا ولامقعدا ولااعمى) لان المبيح للقتل عندنا هو الحرب ولا يتحقق منهم * ولهذا لايقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف * * * * * * * * * * والشافعى رحمه الله

مجتمعة كما ان تلك مجتمع الولد كذا فى المغرب **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان فى الرمى دفع الضرر العام **قوله** وما اصابوه منهم لادية عليهم ولاكفارة * وقال الشافعى رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمى الكافر فيصيب المسلم وانا نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا مطلقا والمباح المطلق لايوجب الكفارة والدية كذا فى المبسوط * فان قيل ينبغى ان تجب الدية عليهم لقوله عليه السلام ليس فى الاسلام دم مفرج اى مبطل * قلنا خص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله **قوله** بخلاف حالة المخمصة اى يجب الضمان اذا اكل مال الغير حالة المخمصة وهذه هى التى قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمى لضرورة اقامة الجهاد لا ينفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن تناول مال الغير مخافة الضمان لان فيه احياء نفسه * اما الجهاد فلان بناءه على اتلاف نفس سواد الكفار وقد يكون مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض **قوله** لمابينا اشارة الى قوله لتقدم حق المولى والزوج **قوله** والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر قال عليه السلام لا تمثلوا بنامية الله تعالى اى بخلق الله تعالى * وروى عن عمر ان بن الحصين رضى الله عنه انه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل العرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر فى كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة كذا فى المبسوط **قوله** ولا شيخا فانيا ذكر فى الذخيرة * * * * * * * * * * * * هذا

* والشافعى رحمة الله تعالى عليه يخالفنا فى الشيخ الفانى والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبى عليه السلام نهى من قتل الصبيان والذرارى وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت (قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب او تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة (ولا يقتلوا مجنونا) لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه * وان كان يجن ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح (ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق فى افنائه (فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم * وان قصد الاب قتله بحيث لايمكنه دفعه الابقتله لابأس به لان مقصوده الدفع الاترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولايمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله تعالى اعلم بالصواب

باب الموادعة ومن يجوز امانه

(واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله * ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به * * * * * * * * ولا

هذا الجواب فى الشيخ الفانى الذى لايقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادرا على الاحبال يجئ منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين قــــوله والشافعى رحمة الله تعالى عليه يخالفنا فى الشيخ والمقعد الى قوله والحجة عليه مابينا اشارة الى قوله ولهذا لايقتل يابس الشق اى لوكان نفس الكفر علة لقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف قــــوله والذرارى اى النساء ههنا قــــوله هاه هى كلمة تعجب قــــوله الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب وقد صح ان النبى عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة * وفى رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى كذا فى الذخيرة قــــوله فان ادركه امتنع عليه وذكر فى الذخيرة واذا ظفر الابن بابيه فى الصف لا ينبغى ان يقصده بالقتل * ولا ينبغى ان يمكنه من الرجوع حتى لايعود حربا على المسلمين ولكنه يلجيه الى موضع يستمسك به حتى يجئ غيره فيقتله ولوكان المشرك اخاله له ان يبتدئ بقتله * فان قيل قد سوى بين الاخ الباغى والاب الباغى حتى لايحل للعادل ان يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلم فرق هنا بينهما * قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياؤه بالانفاق عليه وكذا يجب احياؤه بالكف عن قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياؤه بالانفاق عليه فكذا لايجب احياؤه بالكف عن قتله بخلاف الوالدين فانه يجب احياؤهما اذا كانا كافرين بالانفاق عليهما فكذا يجب الاحياء بالكف عن قتلهما والله تعالى اعلم بالصواب * *

باب الموادعة ومن يجوز امانه

قــــوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين * فلا

ولا

ولايقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم الامام وقاتلهم) لانه عليه السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام فى العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر (قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولامنعة لهم حيث لايكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى (واذا رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كانت بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لايجوز لما بينا من قبل * والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه فى معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا فى امرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لايجوز اخذ الجزية منهم لما نبين (ولو اخذه لم يرده) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لايفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام * * الا

فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجب عليه لان الصلح انما شرع نفعا فى حق المسلمين فلو وجب لصار حقا عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالاصطياد شرع حقا لنا فلو وجب لصار حقا علينا * فان قيل الآية عامة تقتضى ان لايكون فى المصالحة باس سواء كانت مصلحة اولم تكن وقد قيدت بالمصلحة * قلنا هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى وهى قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ماذكر فى الكتاب قوله ولايقتصر الحكم على المدة المروية وهى عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التى لاتمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص قوله لتعدى المعنى وهو دفع الشر لما انه يحتمل ان يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشر سنين بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لايجوز للامام ان يوادعهم لقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لايجوز قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث ترك القتال واما معنى فانه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا قوله لما بينا من قبل ان المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لاسلب الاموال الا ان اخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب قوله ولو اخذ لم يرد عليهم لانه مال غير معصوم وفى الرد عليهم معونة لهم على القتال * * * * * * * * * * * قوله

الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن (ولا ينبغى ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم) لان النبى عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك * وكذا الكراع لما بينا * وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(اذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم وهو الواحد * * * * * * * * * ولانه

قـــوله الا اذا خاف الهلاك اى اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لابأس ان يفعله لما روى اى المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدى رسول الله عليه السلام قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضى الله عنهما وقالا يارسول الله عليه السلام ان كان هذا وحيا فامض بما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لايطعمون فى ثمار المدينة الا شرى اوقرى فاذا اعزنا الله تعالى فى الدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لانعطيهم الا بالسيف فقال عليه السلام انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذلك اذهبوا ولا نعطيكم الا بالسيف فقد مال رسول الله عليه السلام الى الصلح فى الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك * وقد كان رسول الله عليه السلام يعطى المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل انه لابأس بذلك عند خوف الضرر كذا فى المبسوط قـــوله لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن وفى هذا التعميم شبهة وهى انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لايجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجب لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور فى الكتاب لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن سوى المستثنيات التى لا اباحة فى مباشرتها اورخص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال مار اهله اى اتاهم بالطعام والله اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

فصل

قـــوله صح امانهم هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار او اهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون يتكافأ دماؤهم اى يتساوى فى حكم القصاص والدية لافضل لشريف على وضيع فيكون دليلا على مساواة العبد الحر فى حكم القصاص ويسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم لانه يذكر الادنى ويراد الاقل قال الله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكبر ويقال ادنى الجمع ثلثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لااقل منه * وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال ادنى المسلمين العبد *ولكنا نقول ادناهم اقلهم فيكون دليلا على صحة امان الواحد * وقيل المراد الفاسق لانه لا يظن برسول الله عليه السلام ان ينسب العبد الورع الى الدناءة * وقيل معناه اقربهم الى اهل الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لامن الدناءة كذا فى المبسوط * * * * قوله

ولانه

ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لايتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح (قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه * ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا (ويؤدب به الامام) لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز امان ذمي) لانه متهم بهم وكذا لاولاية على المسلمين (قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا اوتاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح (ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لايصح امانه) لما بينا (ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رحمه الله يصح) * وهو قول الشافعي رحمه الله * وابو يوسف رحمه الله معه في رواية ومع ابي حنيفة رحمه الله في رواية * لمحمد رحمة الله تعالى عليه قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان * * * * * * * * * * * فالايمان

قوله ولانه من اهل القتال اى ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانها ايضا من اهل القتال بالتسبيب وهو اما بالمال او بعبدها واما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل اى بنفسها وفي المبسوط وروى ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها امنت زوجها ابا العاص بن الربيع فاجاز رسول الله عليه السلام امانها قوله لملاقاته محله اى لملاقاة الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى الى غيره اى الامان يتعدى الى غيره اى غير الذي آمن من اهل الاسلام كما في شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم اولا ثم يتعدى منه الى غيره ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لانه غير متهم ولان سببه وهو الايمان اى التصديق بالقلب لايتجزى فكذا الامان لايتجزى كولاية الانكاح فانه اذا وجد الا نكاح من الاولياء المتساويين في الدرجة يلزم صحة النكاح في حق كل الاولياء لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجز فلا تتجزى الولاية * نظيره الصغيرة اذا كان لها اخوان يكون لكل واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا قوله ويؤدبه الامام اى يؤدب الذي امن لافتياته على رأى الامام واستبداده برأيه افتعال من الفوت وهو السبق قوله لما بينا اى من ان الامان يختص بمحل الخوف وهم لايخافون المسلم في دار الحرب ولم يهاجر قوله ولايجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يأذن له مولاه في القتال امان العبد المأذون له في القتال صحيح بالاتفاق لما روى ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل قوله وبالمؤبد من الامان وهو عقد الذمة يعني اذا عقد حربي عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجرى عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله واعتبار وقت الذمة في اخذ الجزية من وقت العقد مع العبد * * * * * * * * * * قوله

فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول * ولابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له فى القتال لان الخوف متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخاطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضى به والخطاء نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه تقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو آمن الصبى وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له فى القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * * *

باب الغنائم وقسمتها

(واذا فتح الامام بلدة) * * * * * * * * * * * * * * عنوة

قــــوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يشير الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل كونه مؤمنا ممتنعا علة لصحة امانه يعني انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع اى كونه ذا امتناع وقوة ليكون الامان من محله وهو الذى يخاف منه بخلاف امان الاسير او التاجر الذى فى ايديهم حيث لم يصح لانهم لا يخافونه قــــوله والتأثير اعزاز الدين اى الفائدة فى هذا الامان اعزاز الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة اى انما يصح امان العبد المحجور على اعتبار ان يكون فيه نفع للمسلمين قــــوله والامان نوع قتال لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال قــــوله وفيه ما ذكرناه اى فى امان العبد المحجور ماذكرنا فى قتاله من انه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه قــــوله فهو بمنزلة الدعوة اليه اى الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية عرض الاسلام على غيره قــــوله واسقاط الفرض نفع محض فيصح منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا لا يفترض الاجابة اليه والتصرف الذى فيه توهم الضرر فى حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فما فيه الضرر به وبالمسلمين ببطلان حقهم فى الاستغنام اولى ان لا يملكه بنفسه والله اعلم بالصواب * * * *

باب الغنائم وقسمتها

الغنيمة عن ابى عبيدة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة * وحكمها ان يخمس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة * والفىء ما نيل منهم بعد ما يضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام * وحكمه ان يكون لكافة المسلمين ولا يخمس * والنفل ما ينفله لغازى اى يعطاه زائدا على سهمه وهو ان يقول الامام او الامير من قتل قتيلا فله سلبه او قال للسرية ما اصبتم فهو لكم او ربعه اونصفه ولا يخمس وعلى الامام الوفاء به * وعن على بن عيسى الغنيمة اعم من النفل والفىء اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك *قال ابو بكر الرازى رحمه الله فالغنيمة فىء والجزية فىء ومال * * * * * * * * اهل

عنوة

(عنوة) اى قهرا (فهو بالخيار ان شاءقسمها بين المسلمين) كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر (وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضى الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفى كل من ذلك قدوة فيتخير * وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى وهذا فى العقار * اما فى المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى رحمه الله لان فى المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه * ولان فيه نظرا لانهم كالا كرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن الكراهة * * * * * * * قال

اهل الصلح فىء والخراج فىء لان ذلك كله مما افاء الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يحل اخذه من اموالهم فهو فىء قـــوله عنوة اى قهرا * العنوة الذلة والخضوع وقوله قهرا ليس بتفسير لها لان عنى لازم وقهر متعد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر قـــوله كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر هذا الفعل منه ليس بحتم والالما خالفه عمر رضى الله عنه قـــولـــه بموافقة من الصحابة وهو ماروى انه لما استولى على العراقيين والسواد شاور الصحابة رضى الله عنهم فى اراضيها * فقال بعضهم هى غنيمة فاقسمها بين الغانمين وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضى الله عنه فى ذلك فرجع الى القرآن فلما جاء من الغد قال وجدت فى كتاب الله تعالى ما استغنى به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الاية فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجىء بعدكم فاتفقوا على ذلك الاعدد يسير منهم بلال رضى الله عنه قـــوله ولم يحمد من خالفه كبلال واصحابه رضى الله عنهم فروى انه قال على المنبر اللهم اكفنى بلالا واصحابه فما حال الحول حتى ماتوا * فان قيل كيف ينعقد الاجماع مع خلافهم * قلنا لا نعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه لانهم اصحاب الظواهر قـــوله وفى كل من ذلك قدوة اى فى كل من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضى الله تعالى عنه قـــوله اما فى المنقول المجرد قيد بالمجرد لانه يجوز المن عليهم فى المنقول بطريق التبعية للعقار قـــوله لان فى المن ابطال حق الغانمين اى على مذهبنا لا لانا نقول بثبوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين قـــوله او ملكهم اى على مذهب الشافعى رحمه الله فانه يقول يثبت الملك لهم بنفس الاصابة قـــوله بخلاف الرقاب فالحق لم يتأكد فى رقابهم الاترى ان له ان يقتلهم فكذلك يكون له ان يمن على رقابهم بجزية يأخذها قـــوله والحجة عليه ما رويناه اى من فعل عمر رضى الله عنه قـــوله ليخرج عن حد الكراهة * ذكر الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضى بدون المال ولا بقاء لهم بدون مايمكن به ترجيه العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل فى الاراضى * * * * * * * * * * * * * * قـــوله

(قال وهو فى اسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين) لما بينا (الا مشركى العرب والمرتدين) على ما نبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لايقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله ان يسترقهم)توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين) وهو قول الشافعى رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفادات بمال نأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا * وفى السير الكبير انه لابأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولوكان اسلم الاسير فى ايدينا لايفادى بمسلم اسير فى ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه (قال ولايجوز المن عليهم) اى على الاسارى خلافا للشافعى رحمة الله تعالى عليه فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر * ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض * وما رواه منسوخ لما تلونا (واذا اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) * وقال الشافعى رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة * ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه بخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لايحترق منها يدفن فى موضع لايطلع عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم * * ولا

قــــوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رضى الله عنه بسواد العراق * فان قيل ينبغى ان لايثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلوهم حيث وجدتموهم * قلنا خص من هذه الآية اهل الذمة والمستأمنون والنساء وغير ذلك فيختص المتنازع فيه عنهما بفعل عمر رضى الله عنه قــــوله ولايفادى بالاسارى المفادات بين الاثنين فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه اى لاتؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التى فى ايدى المسلمين * فعند الشافعى رحمه الله حكمهم احد الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالمال او بالاسارى والمن * وعند هما احد الامور الثلث الاولان والفداء بالاسارى * وعند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه احد الامرين الاولين قــــوله لما بينا اشارة الى قوله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا قــــوله ولا يجوز المن عليهم خلافا للشافعى رحمة الله تعالى عليه المن ان يطلقهم مجانا هو يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر * ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم * وما رواه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا قــــوله ولا يعقرها خلافا لمالك رحمه الله ولايتركها * وقال الشافعى رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الالمأكلة قــــوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه فى الحديث لايعذب بالنار الاربها * * * * * * * * قوله

ولا

(ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا بأس بذلك * واصله ان الملك للغانمين لايثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت * وتبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما فى الصيود ولامعنى للاستيلاء سوى اثبات اليد واليد قد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم بقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا * ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهى كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله تعالى فانه قال على قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى لاتجوز القسمة فى دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم فى دار الاسلام * ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة * * * * * قال

قــــوله واصله اى واصل الخلاف قــــوله وتبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل * منها ان احدا من الغانمين لو وطئ امة من السبى فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت الامة ام ولده * وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين * ومنها جواز البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات احدهم قبل القسمة قــــوله ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه اى فى البيع والقسمة بيع معنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة لامحالة فتدخل تحته اى تدخل القسمة تحت النهى قــــوله ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد اى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الاكل والوطئ وسائر الانتفاع ام لا فعلى قوله يثبت * وعندنا لايثبت ثم علل بقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه اى بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الاكل والوطئ وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد علمنا ان الملك كان ثابتا له قبل القسمة كما اذا كانت التركة بين الورثة فانه انما يثبت احكام الملك من الانتفاعات اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لايثبت بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد من حكم الملك شئ لان الملك لايثبت قبل هذه القسمة فلايثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة * ثم انما قيد القسمة بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهد اجاز بالاتفاق * وذكر فى المبسوط وان قسمها فى دار الحرب جاز لانه امضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه نافذ * وقيل الكراهة اى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لاعدم الجواز * وذكر فى المبسوط * وقيل من مذهبنا كراهة القسمة فى دار الحرب لابطلان القسمة لما فى القسمة من قطع شركة المدد فتقل بها رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها قــــوله ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء بالدليل الذى ذكرنا وان دليل البطلان محرم والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز لان الاجماع ثابت فى الجملة اما عند الشافعى رحمه الله يجوز بكل حال واما عندنا * * اذا

(قال والردء والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة اوشهود الوقعة على ماعرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض اوغيره لما ذكرنا (واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعى رحمه الله تعالى بعد انقضاء القتال وهوبناء على مامهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز اوبقسمة الامام فى دار الحرب اوببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد (قال ولاحق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه فى احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد * وقلنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا اوراجلا عند القتال *وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه اوتأويله ان يشهدها على قصد القتال (وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال رضى الله عنه هكذا ذكر فى المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فى هذا ان الامام اذا وجد فى المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان فى بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولوكان للغانمين او لبعضهم لايجبرهم فى رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابة فى مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم فى رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة فى دار الحرب) لانه لا ملك قبلها * وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلاحق له فى الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجرى فى الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده * وقال الشافعى رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه * * * * * * * قال

اذا رأى الامام المصلحة فاذا لم يسلب الجواز لايكون ادنى حالا من ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لالم يبطل اصلا حصل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كمافى سؤر الهرة فانه لماقام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل دليل الحرمة فى سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا هنا **قـــوله** وهوبناء على ما مهدناه من الاصل وهوان السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ * وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز بدار الاسلام فاذا شارك المدد الجيش فى الاحراز الذى به يتم السبب يشاركونهم فى تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم فى حال القتال كذا فى المبسوط **قـــوله** ولاحق لاهل سوق العسكر اى لا سهم لهم ولا رضخ لان قصدهم التجارة لا ارهاب العدو واعزاز الدين **قـــوله** فانعدم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال **قـــوله** ومارواه موقوف على عمر رضى الله عنه وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على اصل الشافعى رحمه الله فان عنده لا يقلد الصحابى **قـــوله** لانه ابتداء اجارة اى من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستأنفة فى حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة فى وسط البحر فانه تنعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاء المالك كذا فى المحيط **قـــوله** ويجبرهم فى رواية السير الكبير ذكر فيه ويستوى فى ذلك ان رضى به اصحاب * * * الحمولة

قال

(قال ولا بأس بان يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه ارسل ولم يقيد بالحاجة وقد شرطها فى رواية ولم يشترطها فى الاخرى * وجه الاولى انه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الالحاجة كما فى الثياب والدواب * وجه الاخرى قوله عليه السلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب لان الغازى لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقى على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده فى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت * قال

الحمولة او ابوا اذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة لانهم بهذا الاباء قصدوا التعنت فان فى هذا الاستيجار منفعة لهم من حيث انه تحصل لهم الاجرة بمقابلة منفعة لايبقى لهم بدون هذا الاستيجار وفيه منفعة للغانمين ايضا فكانوا متعنتين فى الاباء والقاضى لا يلتفت الى اباء المتعنت ولان الاستيجار وبقاء الاجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الامير فمن الامير اولى * وبيانه فى استيجار السفينة على ما ذكرنا وكذلك استيجار الاوعية لحمل المائع فيها مدة معلومة اذا انتهت المدة وهم فى المفازة وكذلك اذا استأجر دابة لحمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانتهت المدة وهم فى المفازة اومات صاحب الدابة فانه يبتدئ العقد بعد انتهاء المدة ويبقى بعد الموت فى هذه المواضع باجر المثل وبالمسمى فى حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك فى الغنائم اذا تحققت الحاجة الى حملها * فان قيل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بلا رضاء لان البناء اسهل من الابتداء * قلنا لا فرق بينهما لانه فى الحالين يتملك منافع العين باجر المثل لصيانة المال بلا رضاء قـــوله وقد شرطها فى رواية ذكر فى المحيط فقد قيد محمد رحمه الله فى السير الصغير الاباحة بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة * وفى السير الكبير اباح الانتفاع عليه بحاجة وبغير حاجة فصار فى المسئلة روايتان فما ذكره فى السير الصغير جواب القياس وما ذكره فى السير الكبير جواب الاستحسان حتى ان على رواية السير الكبير يستوى فيه الغنى والفقير فى حل الانتفاع * ثم قال وكما يجوز للغازى ان يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته يجوز له ان يأخذ منها مقدار ما يكفى عبيده الذين دخلوا معه ويقومون على دوابهم وحفظ رحالهم وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل دار الحرب ليخدم بعض الجندى باجر فلايباح له ان يتناول شيئا من الغنيمة وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة قـــوله وعلف ظهره اى دابته ولفظ الظهر مستعار لها * والميرة الطعام قـــوله والدابة مثل السلاح اى تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخبز والزيت اى المراد بالطعام ما هو المهيأ للاكل * وفى المحيط وان وجدوا غنما فلا بأس بان يذبحوها ويأكلوها ويردوا جلودها فى الغنيمة * وذكر هذا الحكم فى السير الكبير فى الجزور وفى الايضاح فى البقر * فعلم بهذا ان المهيأ للاكل وما هو غير مهيء سواء فى اباحة التناول للغازى وان اصابوا سمسما او زيتا او دهن سمسم او فاكهة يابسة او رطبة او سكرا او بصلا او غير ذلك من الاشياء التى تؤكل عادة للتعيش لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز ان يتناول شيئا من الادوية والطيب ودهن البنفسج * وذكر فى الايضاح انما لا يجوز التناول منها لان هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وكلما لا يؤكل ولا يشرب لا ينبغى ان ينتفع منه بشئ قل او كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط * * * * * * * * * * * * * قـــوله

(قال ويستعملوا الحطب) وفى بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له وقد بيناه (ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه) لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمنا وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام * وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة * واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم فى دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى * وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة فى السلاح * ولا فرق فى الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع فى الفصلين * وان احتاج الكل يقسم فى الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبى حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فصول الحوائج (قال ومن اسلم منهم) معناه فى دار الحرب (احرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق (واولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعا (وكل مال هو فى يده) لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين غلبة (قال او وديعة فى يد مسلم او ذمى) لانه فى يد صحيحة محترمة ويده كيده * * * * * * * * * * * * * * فان

قوله ويوقحوا به الدابة توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفى اى رق من كثرة المشى والراء خطأ كذا فى المغرب قوله وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازى الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز * وقال فى الايضاح ولا ينبغى ان يستعمل شيئا من الاسلحة والدواب ليقى بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجة مع وجود الملك قوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه قوله يباح له الانتفاع فى الفصلين اى فى فصل الثياب والسلاح قوله وان احتاج الكل يقسم فى الفصلين اى فى فصل السلاح وفصل الثياب والدواب والمتاع قوله ومن اسلم منهم معناه فى دار الحرب * انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام واسلم لا يصير ماله واولاده فى دار الحرب محرزا باسلامه * وذكر فى الفوائد الظهيرية * وهنا مسائل اربع * احديها اذا اسلم الحربى فى دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار فالحكم فيها ما ذكر انه لا يغنم نفسه واولاده الصغار وما كان فى يده من المنقولات الى آخره * والمسئلة الثانية الحربى اذا دخل دارنا بامان واسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله وماله وجميع ماخلفه فى دار الحرب من اولاده الصغار فىء * والثالثة اذا اسلم الحربى فى دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك فىء الا اولاده الصغار * والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم اموالا وله اولاد استصحبهم مع نفسه فى دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار * فالجواب فيه على نحو ما بينا فى حربى اسلم فى دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا فى فصلين احدهما ان اولاده الكبار هنا لا يصيرون فيئا لانهم مسلمون * والثانى ان ما كان وديعة له عند حربى لا يصير فيئا على رواية ابى سليمان رحمه الله وعلى رواية ابى حفص رحمة الله تعالى عليه يصير فيئا قوله لانه فى يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب محترمة احتراز عن يد الحربى * * * * قوله

فان

(فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فئ) وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو له لانه في يده فصار كالمنقول * ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذهو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة *وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر * وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله تعالى هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لاتثبت على العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى تثبت (وزوجته فئ) لانها كافرة حربية لاتتبعه في الاسلام (وكذا حملها فئ) خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل * ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (واولاده الكبار فئ) لانهم كفار حربيون ولاتبعية (ومن قاتل من عبيده فئ) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم (وما كان من ماله في يد حربي فهو فئ) غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فئ عند ابي حنيفة رحمه الله) وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح جامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله * لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها* وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام * * * * * * * الا

قــــوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فئ غصبا كان اووديعة لان يده ليست بمحترمة لانها لاتدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الوديعة وماكان غصبا في يد مسلم اوذمي فهو فئ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لايكون فيئا * قال رضى الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله * قال صاحب النهاية رحمه الله هكذا وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لايصح اصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في ذينك الكتابين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذكر قوله وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لانه حينئذ يكون تكرارا محضا مع تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا مكان قوله وقالا مع ابي حنيفة رحمه الله مكان قوله مع محمد رحمه الله * ثم قال رحمة الله تعالى عليه ولكني تتبعت بتوفيق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما هوحقها في الكتب ثم وضعتها كما يوضع الهناء مواضع النقب * قلت والصحيح من النسخ هو ان يقال وما كان غصبا في يد مسلم اوذمي فهو فئ عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه * وقال محمد رحمة الله تعالى عليه لايكون فيئا لان رواية السير الكبير هكذا وهكذا ايضا في المحيط ولم يذكر فيهما قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه والصحيح ايضا في الثاني هو ان يقال وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى لان الامام فخر الاسلام البزدوي رحمة الله تعالى عليه ذكر في الجامع الصغير ولو كان وديعة عند حربي اوغصبا عند مسلم اوذمي اوضائعا فهو فئ* وهذا قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايكون فيئا * وهكذا ايضا ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما * * * * * قــــوله

الاترى انها ليست بمتقومة الاانه محرم التعرض فى الاصل لكونه مكلما واباحة التعرض بعارض شروقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست فى يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجزان يعلفوا من الغنيمة ولايأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف اوطعام رده الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم * وعن الشافعى رحمه الله تعالى مثل قولنا * وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص * ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لاشىء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

فصـــــل فى كيفية القسمة

(قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس (ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى (وقالا للفارس ثلثة اسهم) * وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير * ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ماروى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره * * * * * * ولان

قـــوله الاترى انها ليست بمتقومة حتى لم يجب القصاص والدية على قاتلها فى دار الحرب قـــوله وليست فى يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المغصوب منه فلايكون مافى يد الغاصب فى يد المغصوب منه حكما فيجعل كانه ليس فى يد احد فكان فيئا قـــوله لتعذر الرد على الغانمين لقلته جدا اولتفرقهم والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * *

فصـــل فى كيفية القسمة

قـــوله استثنى الخمس سماه استثناء من حيث ان حكمه يخالف حكم اربعة الاخماس كما ان حكم المستثنى منه يخالف حكم المستثنى * الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية * الكر الصولة والحملة * والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان هو من الجهاد اوالفرار فى موضع الفرار محمود لئلا يرتكب النهى فى قوله تعالى ولاتلقوا بايديكم الى التهلكة قـــوله واذا تعارضت روايتاه اى روايتا ابن عمر رضى الله عنهما وهى روايتهما عنه على وفق مذهبهما ورواية ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ايضا على وفق مذهبه يرجح رواية غيره وهى رواية ابن عباس رضى الله عنهما وهذا لان من تعارضت روايته كان احتمال النسخ * برواية

ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلى غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا يسهم الا لفرس واحد) * وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يسهم لفرسين لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر * ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الالفرس واحد ولان القتال لايتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لايسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل (والبراذين والعتاق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل فى الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربى ان كان فى الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا (ومن دخل فى دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعى رحمة الله تعالى عليه على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليهما فى الفصل الثانى انه يستحق سهم الفرسان * والحاصل

برواية نفسه وبرواية غيره وخبر من لاتعارض فى روايته لايحتمل النسخ الامن رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه اقل فكان اولى **قوله** ولان الكر والفر من جنس واحد اذ نفس الفرار ليس بمستحسن بل الفرار انما حسن اذا فعل لاجل الكر فحينئذ يكونان من جنس واحد فلا يعتبر نوعا آخر بل يعتبر زيادة غناء والزيادة لاتتعلق بزيادة الغناء اذ بعضهم لابدان يكون اغنى من بعض **قوله** لتعذر معرفته اى معرفة مقدار الزيادة لان تلك انما تظهر عند المسابقة والمقابلة عند التقاء الصفين وكل منهم مشغول بشأنه فى ذلك الوقت فتعذر الوقوف عليه **قوله** فلا يكون السبب الظاهر وهو المجاوزة مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد * وقال فى الاسرار فالمبدء معتبر على مآل الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عاقبة امرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لايتصور الاعلى فرس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة ارهاب بزيادة الفرس **قوله** كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين احدهما على سبيل التنفيل لجده فى القتال فانه قال عليه الصلوة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابوقتادة رضى الله تعالى عنه * ونظيره نفقة الخادمين للمرأة **قوله** والبراذين والعتاق سواء انما ذكر هذا لان اهل الشام يقولون لايسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا * البرذون فرس العجم والجمع البراذين وخلافها العراب * يقال فرس عتيق اى معجب رائع والجمع العتاق * ويقال عتاق الطير والخيل كرائمهما * والهجين هو ما يكون ابوه من الكوادن وامه من العربى * المقرف ما يكون ابوه عربيا وامه من الكوادن * والكوادن البرذون يوكف ويشبه به البليد **قوله** فى الفصل الثانى وهو ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا روى ابن المبارك عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليهما ان له سهم فارس * وفى ظاهر الرواية لايستحق سهم الفرسان كذا فى المحيط **قوله** وهكذا معطوف على قوله وجواب الشافعى رحمة الله تعالى عليه * * * * * * * * * * * * **قوله**

والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب * له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر اوتعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال * ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضى اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا * ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق * ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر اورهن ففى رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة * وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا * ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع فى حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبى ولا مجنون ولا ذمى ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روى انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان واليهود وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمى ليس من اهله والصبى والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه * والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم * والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعهم المولى عن الخروج الى القتال * ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر * والمرأة ترضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمى انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم فى الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد * * * * * * * * * والاول

قـــوله والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اى مجاوزة الدرب * قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا فى المغرب * والمراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين اى دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب * وهذا رواية عن الشافعى رحمة الله تعالى عليه * والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوقعة كذا فى النهاية قـــوله وتعليق الاحكام بالقتال الى آخره جواب بطريق المنع عن قولنا ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الاحكام ما اذا قتل فى القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق قـــوله ولو تعذر اوتعسر يريد به ولو سلم يعسر الوقوف تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال * قلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر فقد يتحقق القتال فى المشاجر والغياض والمضايق وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين * وما ذكر من تعليق الاحكام قلنا ذلك فى حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم الاترى انه غير مقدر بشئ فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه كذا فى المبسوط قـــوله ولا معتبر بها بدليل انه لا تعتبر صيرورته راجلا او فارسا بعد المجاوزة عندنا وبعد * * * شهود

والاول

والاول ليس من عمله ولايسوى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد (واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولايدفع الى اغنيائهم) * وقال الشافعى رحمه الله لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير * ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة * وقال عليه السلام يامعشر بنى هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها خمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من ثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء والنبى عليه السلام اعطاهم للنصرة الاترى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لاقرب القرابة * * * قال

شهود الوقعة او انقضاء الحرب عند الشافعى رحمة الله تعالى عليه على اختلاف الاصلين وكذا بالاجماع لامعتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف فوت الفارس لانه المستحق ولا استحقاق بعد فوات المستحق قـــوله والاول ليس من عمله يعنى ان الدلالة ليست من الجهاد فجاز ان يزاد بها على سهم الجهاد ولايلزم التسوية بينه وبين المسلم ولاكذلك القتال فانه لاتجوز فيه الزيادة على السهم لانه حينئذ تلزم المساواة بين المسلم والكافر ولامساواة بينهما قـــوله علل فقال انهم لم يزالوا معى هكذا عن سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس يوم خيبر وقسم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضى الله تعالى عنهما قالا لاننكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب فى القرب اليك على السواء فما بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزالوا معى فى الجاهلية والاسلام * ومعنى الحديث ان اصل النسب هو عبد مناف كان له اربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عليه السلام كان من اولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم اولاد جده وجبير بن مطعم كان من بنى نوفل وعثمان بن عفان كان من بنى عبد شمس وولد جد الانسان اقرب اليه من ولد اخ جده فاما بنوا نوفل وبنوا عبد شمس كانوا مع بنى المطلب فى القرابة اسوة * وقيل بنوا نوفل وبنوا عبد شمس كانوا اقرب اليه من بنى المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا اخوى هاشم لاب وام والمطلب كان اخ هاشم لابيه لا لامه ثم اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبنى المطلب ولم يعط لبنى نوفل وبنى عبد شمس فاشكل ذلك عليهما قـــوله دل على ان المراد من النص قرب النصرة لاقرب القرابة وانما اراد نصرة الاجتماع اليه للموانسة فى حال ماهجره الناس على ماروى ان الله تعالى لما بعث رسوله من بنى هاشم ورأى القريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاهدوا ان لايجالسوا بنى هاشم ولايتكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله وسلم ليقتلوه وتعاهد بنوا هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنوا نوفل وبنوا عبد شمس فى عهد قريش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتى دخل معهم الشعب وكانوا فيه ثلث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا فى المبسوط * * * * * * * * * * * قوله

(قال فاما ما ذكر الله تعالى فى الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبى عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفى) لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده * والصفى شئ كان عليه الصلوة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف او جارية * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى عليه الصلوة والسلام بالنصرة) لما روينا (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذا الذى ذكره قول الكرخى * وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما يحرم العمالة * وجه الاول وقيل هو الاصح ما روى ان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم * والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون فى الاصناف الثلثة (واذا دخل الواحد او الاثنان فى دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس) لان الغنيمة هى المأخوذة قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها * ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذل لهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا تجب عليه نصرتهم والله تعالى اعلم بالصواب * * * فصل

قوله فاما ما ذكر الله تعالى فى الخمس وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه كان ابن عباس رضى الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله للتبرك ومفتاح الكلام * وقال ابو العالية يقسم على ستة اسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقربها والى عمارة الجامع فى كل بلدة هى بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافه الى الله تعالى قوله والحجة عليه ما قدمناه وهو ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة اسهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع * وبه تبين ان قسمة النبى عليه السلام ما كان بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه السلام * يؤيده ما روى عنه عليه السلام سهم ذوى القربى لهم فى حال حيوتى وليس لهم بعد مماتى ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت بوفاته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لعدم علته وهى النصرة * فان قيل لا يجوز ان يتعلق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذرارى وليسوا باهل النصرة * قلنا ما كانت هذه نصرة قتال وانما كانت نصرة اجتماع اليه فى الشعب للموانسة فى حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على انهم تبع للرجال قوله هذا الذى ذكره قول الكرخى رحمه الله وهو انهم كانوا يستحقونه فى زمن النبى عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقراى يسقط الاغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء وهو الاصح * وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا قوله كما حرم العمالة اى اذا كان العامل هاشميا قوله اما فقراؤهم يدخلون فى الاصناف الثلثة اى ايتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وابن السبيل من ذوى القربى كذلك قوله فيه روايتان وجه الرواية الاخرى ان من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفارة وقهرهم فالمأخوذ لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصاروا كتجار العسكر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * فصل

فصــــل فى التنفيل

(قال ولا بأس بان ينفل الامام فى حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه اويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس ولأن التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبى حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض* ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغى للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل * وان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولاينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز (قال الا من الخمس) لانه لاحق للغانمين فى الخمس (واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فى ذلك سواء) * * * * * * وقال

فصــــل فى التنفيل

قــــوله ولابأس بان ينفل الامام ذكر بلفظ لابأس وانه مستحب ذكر فى المبسوط ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى يا ايها النبى حرض المؤمنين على القتال * فان قيل مطلق الامر للوجوب ولم يجب التنفيل *قلنا فى التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا فى مثل هذا الوقت ولان التحريض بشئ مبهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلوكان التحريض نفسه واجبا لايلزم ان يكون التحريض المعين بالتنفيل واجبا* وفى الايضاح ويجوز التنفيل فى سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك يجوز فى السلب وغير ذلك نحو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له اوقال ما اصبتم فلكم منه الربع اوالنصف الا انه لاينبغى للامام ان ينفل بكل المأخوذ * وذكر فى السير الكبير اذا قال الامام لاهل العسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل واما اذا عمهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل وانما فى هذا ابطال السهمان التى اوجبها رسول الله عليه السلام وابطال تفضيل الفارس على الراجل وذلك لايجوز * وكذا اذا قال ما اصبتم فهولكم ولم يقل بعد الخمس فهذا لايجوز لان فيه ابطال الخمس الذى اوجبه الله تعالى فى الغنيمة وابطالا لحق ضعفاء المسلمين وذلك لايجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقون الابضعفاءكم والنفل ما ينفل الامام الغازى اى يعطيه زائدا على سهمه * وعن على بن عيسى رحمهما الله ان الغنيمة اعم من النفل والفئ اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ماصار للمسلمين من اموال اهل الشرك قــــوله وان فعله مع السرية جاز * وفى المبسوط فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم يجيش بعضهم فى بعض قال عليه السلام خير الاصحاب اربعة وخير السرايا اربعمائة وخير الجيوش اربعة آلاف فكان التنفيل للسرية تنفيلا لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية عن دار الاسلام لاينبغى ان تنفل السرية ما اصابوا قــــوله ولا ينفل بعد احراز الغنيمة الامن الخمس لانه لاحق للغانمين فى الخمس * لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلثة لانه انما جاز هذا باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلثة فلم يكن فيه حينئذ ابطال حق الاصناف الثلثة اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف الثلثة * وذكر الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى السير الكبير لابأس بان يعطى الامام الرجل المحتاج اذا ابلى *من

* وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره * ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك * وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب) وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه * ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تعالى له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله تعالى اعلم بالصواب

باب استيلاء الكفار

(واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده * * من

من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمة لانه مأمور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقاتل فلان يجوز صرفه الى محتاج قاتل وابلى بلاء حسنا كان اولى *وهذا نظير من وجد ركازا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز * وفي الذخيرة ولا ينبغي للامام ان يضع ذلك في الغني ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لاحق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين **قوله** وقال الشافعي رحمه الله آخره يعني ان القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينفله الامام * وعندنا لا يستحق القاتل السلب بدون التنفيل

قوله وقد قتله مقبلا وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزما او نائما اومشغولا بشيء لم يستحق السلب **قوله** وما رواه وهو قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل التنفيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل انه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التحريض وقد كانوا اذلة ويوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر قال ايضا من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب كذا في المبسوط **قوله** لما مر من قبل وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة **قوله** قد قيل على هذا الاختلاف يعني اذا اتلف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد رحمة الله تعالى عليه وعندهما لا يجب والله تعالى اعلم بالصواب

باب استيلاء الكفار

قوله واذا غلب الترك اي كفار الترك على الروم اي نصارى الروم * * قوله

من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم (واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها) * وقال الشافعى رحمه الله لايملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لاينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم * ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم * وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحاً كما كان غير ان الاستيلاء لايتحقق الابالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومالا * * * * * * * * * * * المحظور

قــــوله من ذلك اى من مال اهل الروم الذى استولى عليه الترك قــــوله بسائر املاكهم الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كاموالهم الاصلية قــــوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اى حين اخذوا وانتهاء اى حين احرزوا بدارهم والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم * ولا يقال الحظر غير ثابت فى حقهم لانهم لايخاطبون بالشرائع لانهم لايخاطبون بالحرمات كالربوا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل فى حقهم والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجه دون وجه اما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان استولى المسلم على مال المسلم فانه غير موجب للملك بالاتفاق * ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح اى استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلاءهم على اموالنا انما يثبت الملك لهم اذا احرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد الاحراز بدارهم تزول عصمة صاحبها ويصير مباح التملك فلايكون اخذهم ذلك المال عدوانا كذا فى الاسرار قــــوله وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل اى قولنا ان استيلاءهم ورد على مال مباح لان العصمة فى المال لكل من يثبت من مسلم او كافر انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضى ان لايكون المال معصوما لاحد لقوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا الا ان العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الاسباب من شرى او ارث او غيرهما ليتمكن من الانتفاع به اذلو لم يكن مخصوصا هو بالعصمة نازعه آخر فى الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب احرازهم بدار الحرب ولم يبق مايوجب عصمته وهو تمكين المالك من الانتفاع عاد المال مباحا كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة الصيد والحشيش * ثم لما وقع استيلاؤهم عليه فى هذه الحالة كان استيلاؤهم على مال مباح فاوجب الملك لهم * وعن هذا وقع الفرق بين اموالنا ورقابنا فان الرقاب كلها لم يخلق محلا للتملك فى الاصل * وانما تثبت المحلية بعارض الكفر وليس فى رقابنا ذلك فلذلك لايملكون احرارنا وان احرزوهم بدراهم قــــوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا يعنى ان الكفار اذا استولوا على اموال المسلمين فهم ماداموا فى دار الاسلام ان اقتدروا عليها حالا لم يقتدروا مالالان الظاهر ان المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الاموال واما اذا احرزوها بدار الحرب فقد اقتدروا عليها حالا ومالا لانقطاع ولاية المسلمين * فان قيل كيف يملكون اموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من اقوى جهات السبيل * قلنا النص تناول المؤمنين وهم لايملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لايدل على قيام الملك فالواهب يرجع فى هبته ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وقوله فى الهداية لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان مشكل لانا اذا غلبنا على اموال اهل البغى واحرزنا بدارنا لم تملكنا مع زوال المكنة الا ان يقال اراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب * * * * ثم

والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا) لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان فى الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمته (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذى اشتراه وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا الاترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه * ولو اشتراه بعرض يأخذ قيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلى يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لما بيناه وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا و وصفا * * * قال

ثم اصل الدار واحد وهى بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفة والمنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لنا فى حقهم ولهم فى حقنا من كل وجه **قوله** والمحظور لغيره اذا صلح سببا الى آخره جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم هو محظور الا انه محظور لغيره ومباح فى نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه ان المحظور بغيره وهو الصلوة فى الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب فى الآخرة فلان يصلح سببا للملك فى الدنيا اولى * وفى الكافى وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل اى اذا صلى فى ارض مغصوبة فما ظنك بالعاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم او لم تزل فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تزل لا يصير ملكا كما فى مسئلة البغاة الا ان يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار **قوله** فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ اى وان احرزها الغانمون بدار الاسلام * وذكر فى الايضاح فاما اذا وجد قبل القسمة فكان ينبغى ان يأخذ بالقيمة ايضا لان حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالاحراز بدار الاسلام الاترى انه لو اتلف انسان شيئا من الغنيمة قبل القسمة يضمن الا انا تركنا هذا الاصل لحديث عبد الله بن عباس رضى الله عنهما فانه روى عنه ان المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة الحديث

قوله ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته * فان قيل هذا الملك يثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف ما لو ثبت لاهل الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما فى ايدى الغانمين * قلنا ههنا ايضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة فى الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا فى اثبات حقه فى الغنيمة الى هذا اشار فى المبسوط **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد **قوله** وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا و وصفا ولو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكن اردأ منه وصفا فله ان يأخذه بمثل ما اعطاه المشترى * وقال فى الايضاح الا ان يكون اشتراه منهم بخلاف * * * جنسه

قال

(قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى اخذه به من العدو) اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لايفيد ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لايقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب اما هنا الملك صحيح فافترقا (وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن) * * * * * * لان

جنسه فيكون الاخذ مفيدا وكذلك لو اشتراه بجنسه باقل منه فله ان يأخذه بمثل ما اشترى ولايكون هذا ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه **قوله** اما الاخذ بالثمن فلما قلنا وهو قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا **قوله** لان الملك فيه صحيح بدليل حل الوطئ للمشترى من الكافر واحترز به عن المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن * قيل فيه نظر لان الوصف انما لايقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول الاترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا فى الفوائد الظهيرية * وذكر الخبازى رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لايقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالاتلاف الاترى ان فى مسئلة المرابحة لو فقأ عينه انسان اوفقأها بنفسه ثم باعه مرابحة من غير بيان ثم علم المشترى بذلك يحط قسطها من الثمن فكذلك ينبغى ان يحط من ثمن العبد قدر الارش * قلنا لما لم يكن للمالك القديم حق اخذ الارش لما بينا صار فى حقه بمنزلة الفائت لابمنزلة المتلف بخلاف مسئلة المرابحة لانه متلف حقيقة ولوكان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شيئين حقيقة ليس له ان يرابح على غير العين الذى اخذ ارشها لان الشبهة فى المرابحة ملحقة بالحقيقة فاما ههنا حق الاخذ فى العين بالنص بخلاف القياس فكيف يلحق بها البدل * وعن محمد رحمه الله ان المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء كالشفيع فانه يأخذ بالحصة ان استهلك آخر شيئا من البناء * والفرق على الظاهر ان الصفقة اذا تحولت الى الشفيع صار المشترى فى المشترى كالمشترى شراء فاسدا من حيث ان كل واحد من القبض واجب النقض كرها لحق الشرع **قوله** والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب اذ الواجب فيهما القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع وفى البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات * فان قيل شراء التاجر هنا ايضا بمنزلة شراء المشترى فاسدا من حيث وجوب الرد * قلنا الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسدا اولى من شراء التاجر من الكافر من حيث ان شراء المشترى بدون رضاء الشفيع مكروه بخلاف شراء التاجر بدون رضاء المالك وقوله والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب اى فى غير الربوى اما فى الربوى يجوز ان يغصبه حنطة فعفنت عنده اواناء فضة فهشم فى يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربوا **قوله** وللمشترى الاول ان يأخذه من الثانى ولايكون ذلك للمالك القديم * وانما رجحنا جانب المشترى الاول على المالك القديم فى ولاية الاخذ لانه على تقدير اخذ المشترى لايبطل حق المالك القديم اولاية الاخذ له بعد اخذ المشترى الاول ولو اخذه المالك القديم يبطل حق المشترى الاول لانه لاولاية له بعد اخذ المالك القديم فلهذا رجحنا جانب المشترى الاول * * * قوله

لان الاسر ما ورد على ملكه (وللمشترى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثانى غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد الملك فى محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء (واذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه) لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لواخذوه من دار الاسلام ملكوه * وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابى حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شئ موهوبا كان اومشترى او مغنوما قبل القسمة وبعدها يؤدى عوضه عن بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه (وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذلا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا (وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ) * * والفرس

قــــوله لان الاسر ما ورد على ملكه كما اذا وهب رجل آخر شيئا فوهبه الموهب له من آخر فليس للواهب الاول عليه سبيل مالم يرجع الثانى فى هبته قــــوله فيأخذه بهما * فان قيل يتضرر المالك بذلك فوجب ان يكون له حق الأخذ من المشترى الثانى كيلا يتضرر * قلنا لو اخذ هو من المشترى الثانى يتضرر المشترى الاول ضررا لا عوض فى مقابلته ولو اخذ المالك من المشترى الاول يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان اولى قــــوله وكذا من سواه اى من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وام الولد قــــوله بخلاف رقابهم اى رقاب الكفار من احرارهم ومدبريهم وامهات اولادهم قــــوله ولا جناية من هؤلاء اى من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا واذا ابق عبد لمسلم اولذمى ذكر الامام ابو اليسر رحمه الله فى عين الفقهاء العبد المسلم لمسلم اولذمى اذا ابق الى دار الحرب فاخذه الكفار لا يملكونه عند ابى حنيفه رحمه الله والمرتد يملكه الكفار واما العبد الكافر فهو ذمى تبعا لمولاه وما بطلت الذمة باللحوق بدار الحرب فلايملك الكفار كذا فى عين الفقهاء وذكر فى طريقة مجد الائمة رحمه الله العبد اذا كان ذميا ففيه قولان واما اذا كان مرتدا فابق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالاجماع قــــوله وله انه ظهرت يده على نفسه * فان قيل كيف تظهر يد العبد على نفسه وقد خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة فورفوت يد المولى لان دار الحرب فى ايديهم * قلنا ان بين الدارين حدا لا يكون فى يد احد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلاتندفع بيد الدار الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله قــــوله بخلاف المتردد اى الآبق الذى تردد فى دار الاسلام لان يد المولى باقية فى حقه حكما ولهذا لووهبه لابنه الصغير صار قابضا له فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له فى نفسه فيتم احراز المشركين اياه واما الآبق الى دار الحرب فلا يكون فى يد مولاه حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز قــــوله وبعدها اى وبعد القسمة يؤدى عوضه عن * * * * * * * بيت

والفرس

(والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد (وان دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما او ادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لايعتق) لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا *ولابيحنيفة رحمه الله تعالى ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب (واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار) لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله * * * * * ولانه

بيت المال فيما اذا كان مغنوما واما في الصور الثلث وهي ما اذا كانت موهوبا او مشترى او مغنوما قبل القسمة فلا يؤدى عوضه * وانما يؤدى عوضه من بيت المال لمن وقع في سهمه لان نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على احد لكان اجحافا ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان اضرارا به وبعد رجوعه على شركائه في الغنيمة واعادة القسمة لتفرقهم فيعوضه من بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم **قوله** والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه * فان قيل على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يأخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء لانه لما ظهر يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم * قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا في الايضاح * فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستأمن غير ملتزم *قلنا المستأمن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فانا ما اعطينا الامان ليستذل المسلم اذلا يجوز اعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه **قوله** ولابيحنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب ولكن ذلك الكافر ما دام مستأمنا في دار الاسلام يزال بالعوض وهو الازالة بالبيع لان مال المستأمن محترم مادام في دار الاسلام فاذا ادخله دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الامان فاستحق الازالة بالعتق لانه لما انتهى امانه بالعود الى دار الحرب سقطت عصمة ماله فتعين العتق مخلصا للعبد ولوكان الامام قادرا على ازالة العبد هناك عن استيلائه كان الواجب على الامام ان يجبره على الاعتاق لا على البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة ازالة ملكه لسقوط حرمة ملكه * ثم لما قصرت ولاية القاضي عن ازالة ملكه بالاعتاق وهي العلة في زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستأمن الذي هو دخول دار الحرب مقام علة الزوال وهي اعتاق الامام عنه لما انه قد يقام الشرط مقام العلة عند امكان اضافة الحكم كما في حفر البئر على قارعة الطريق * فان قيل الاحراز بدار الحرب سبب لاثبات الملك فيما لم يكن مالكا له الاترى انهم اذا اسروا عبدا مسلما في دارنا ملكوه اذا احرزوه * * * * * * * * * * بدارهم

ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة فى حقه الى زيادة توكيد وفى حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب المستأمن

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشئ من اموالهم ولا من دمائهم) لانه ضمن ان لايتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا (فان غدر بهم) اعنى التاجر (فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم اخرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية * ولا ولاية

بدارهم فيستحيل ان يزول ملكه بالاحراز لان الاحراز لما صار سببا لا ثبات الملك ابتداء فاولى ان يبقى الملك الثابت كما كان والا يلزم ان يكون ما هو المثبت للملك مزيلا له وهو مدفوع بمرة * قلنا ليس هذا كما اخذوا عبدا فى دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالاحراز بخلاف ما نحن فيه فانهم ملكوه بالشراء فاستحق عليهم الازالة بالبيع ماداموا فى دارنا ولما ادخلوه فى دارهم استحق الازالة ايضا باقامة شرط الزوال مقام الازالة على ماذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالاحراز بدار الحرب * وفى المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الحظر لا اصل الملك كمن اباح لغيره شيئا لا يزول به اصل ملكه * قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد فى دار الاسلام الا باعتبار صفة الحظر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له فكان حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال اصل الملك الاترى انه فى دار الحرب لوقتل مولاه واخذ ماله وخرج الينا كان حرا و كان ما خرج به من المال له قــولـه ولانه احرز نفسه بالخروج الينا يتصل بقوله ثم خرج الينا و قــولـه او بالالتحاق متصل بقوله او ظهر على الدار * وقيد بقوله بالخروج الينا مراغما لمولاه لانه اذاخرج الينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه للمولى لانه لم يخرج على سبيل التغالب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستأمنا الى دارنا كذا فى الا يضاح والله تعالى اعلم بالصواب * * *

باب المستأمن

قــولـه والغدر حرام قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته قــولـه بخلاف الاسير لانه غير مستأمن لانه لم يوجد منه الالتزام بعده قــولـه وان اطلقوه طوعا كان فيه وهم ان يصير مستأمنا وليس كذلك لانه ليس باستيمان قــولـه ملكه ملكا محظورا حتى لو كانت جارية كره للمشترى وطئها لانه قام مقام البائع وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشترى وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذاباعها حل للثانى وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة فى حق الاول لبقاء حق البائع فى الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وههنا الكراهة لمعنى الغدر قــولـه على ما بيناه اشارة الى قوله فى اوائل باب استيلاء الكفار والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة * * نفوق

ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك فى المستقبل* واما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاغير معصوم على ما بيناه (وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين) لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لو قوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولاخبث فى ملك الحربى حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه) اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد (واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة فى الخطأ) اما الكفارة * * * * * فلا

تفوق الملك الى آخره * الادانة البيع بالدين * والاستدانة الابتياع بالدين * وقولهم ادان بتشديد الدال من باب الافتعال اى قبل الدين والدين غير القرض اذ ذاك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير فى الذمة بالعقد كذا فى الطلبة * وذكر فى كتاب الكفالة منها ان اسم الدين شامل لجميع مايجب فى الذمة بالعقد وبالاستهلاك والاستقراض **قــــوله** ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذلا ولاية لنا على اهل الحرب والجواب فى مسئلة الادانة قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واما على قول ابييوسف رحمة الله تعالى عليه فالقاضى يقضى على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم احكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين الينا * واجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشئ لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب ان لايقضى عليه بشئ اصلا لالعدم الالتزام ولكن لتحقق المساواة بين الخصمين **قــــوله** لمصادفته مالا غير معصوم على مابيناه اماغصب الكافر فقد ذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح الى آخره واماغصب المسلم ففيما اذا دخل الواحد او الاثنان مغيرين بغير اذن الامام واخذوا شيئا يملكونه **قــــوله** ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه وهذا الجواب غير منحصر بخروجهما مسلمين فان الحربى اذا خرج مستأمنا مع المسلم الذى دخل دار الحرب مستأمنا وقد كان غصب المسلم فى دار الحرب فالحكم كذلك **قــــوله** فعلى القاتل الدية من ماله اى فى العمد والخطا * ذكر الامام الاجل شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة فى الجامع الصغير * ثم قال وروى عن اصحاب الاملاء عن ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه انه قال عليه القصاص فى العمد لان بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم من اهل دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق الولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى ولاية الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين * وجه ظاهر الرواية ان الاحراز باق ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة يكفى لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن يقول لغيره اقتلنى فقتله * * * * * * * * * * * * * * * * * **قــــوله**

فلا طلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان وانما لايجب القصاص لانه لايمكن استيفاؤه الابمنعة ولا منعة بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دار الحرب وانما تجب الدية فى ماله فى العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفى الخطأ لانه لاقدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلاشئ على القاتل الا الكفارة فى الخطأ عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا فى الاسيرين الدية فى الخطأ والعمد) لان العصمة لاتبطل بعارض الاسر كمالاتبطل بعارض الاستيمان على مابيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية فى ماله لما قلنا * ولابى حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعالهم لصيرورته مقهورا فى ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لاكفارة فى العمد عندنا والله اعلم



فصل

(قال واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم فى دارنا سنة ويقول الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والاصل ان الحربى لايمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينالهم وعونا علينافتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية * ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمى لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا * وللامام ان يوقت فى ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذااقامها بعد مقال الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لايترك ان يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لاينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربى دارنا بامان فاشترى ارض خراج) * * * * * * * * * فاذا

قوله فلا طلاق الكتاب وهو **قوله تعالى** من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اطلق ولم يقيد بدار الحرب وبدار الاسلام * فان قيل ينبغى ان تجب الدية عند ابى حنيفة رحمه الله فيما اذا قتل الاسير المسلم اسيرامسلما لاطلاق **قوله تعالى** ومن قتل مؤمنا الآية * قلنا خص من هذا النص المسلم الذى لم يهاجر الينا فيخص المتنازع والجامع كون كل واحد منهما مقهورا فى ايديهم **قوله** كما لاتبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان وهذا اولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار **قوله** كالمسلم الذى اى فليس فى قتله الا الكفارة فى الخطأ فكذلك هنا بجامع ان كل واحد منهما تبع لاهل الدار بالتوطن وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام فلا يكون تبعالهم فلاتبطل العصمة والله تعالى اعلم

فصل

قوله العين الديدبان والجاسوس * والعون الظهير على الامر * والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار يمير * والجلب * المجلوب ومنه نهى رسول الله عليه السلام عن تلقى الجلب **قوله** وللامام ان يوقت فى ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين وادنى الاوقات غير مقدر بل هو موكول الى رأى الامام الا انه لاينبغى له ان يرهقه على وجه يتضرر به فاذا مكث ماسماه جعله ذميا واستأنف عليه الجزية بحول بعده الا ان يكون شرط عليه ان مكث سنة اخذ منه الجزية فيأخذ مامنه حينئذ * ثم لايتركه بعده ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها * * قوله

(فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى) لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لايصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه * وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه (واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لانها التزمت المقام تبعا للزوج (واذا دخل حربى بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا) لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام (ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمى او دينا فى ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لانه ابطل امانه ومافى دار الاسلام من ماله على خطر (فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا) اما الوديعة فلانها فى يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق فى ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده (قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا هو مثل الاراضى التى اجلوا اهلها عنها * والجزية لاخمس فى ذلك * وقال الشافعى رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة * ولنا ما روى انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ووضع فى بيت المال ولم يخمس وهى المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم * * * * * * * * * * * * ولانه

قـــوله فاذا وضع عليه الخراج فى الفوائد الظهيرية المراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها من التمكن منها وهو الصحيح قـــوله لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس لان كلا منهما من احكام دارنا فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى بان يكون من اهل دارنا وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قول محمد رحمه الله بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله قـــوله فتخرج عليه احكام جمة وجوب الضمان فى اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لاقبله ولو وضع الخراج يكون ذميا فلذلك يجب ان لايغفل عن شرط الوضع قـــوله وهذا لان حكم الامان باق فى ماله * فان قيل ينبغى ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربى فى دار الاسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب * ثم ظهر على دار الحرب فيكون يد المودع كيد المودع فى تلك المسئلة * قلنا يد المودع كيد المودع من وجه دون وجه والعصمة ماكانت ثابتة فى تلك المسئلة لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك واما ههنا العصمة كانت ثابتة وقت الايداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت اذ دار الاسلام دار عصمة * وجف الفرس او البعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا * وقوله وما او جف المسلمون عليه اى اعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله * والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن او طانهم واجلاهم فجلوا اى اخرجهم فخرجوا يتعدى ولايتعدى قـــوله والجزية بالجر عطفا على الاراضى قـــوله وقال الشافعى رحمه الله فيهما اى فى الاراضى التى اجلوا اهلها عنها والجزية * وفى بعض النسخ فيها اى فى الثلثة وهى الاراضى والجزية والخراج * * * قوله

ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بماشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفى هذا السبب واحد وهو ماذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس (واذا دخل الحربى دارنا بامان وله امرأة فى دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فىء) اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما فى بطنها لوكانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لايتحقق ذلك وكذا امواله لاتصير محرزة باحراز نفسه لاختلاف الدارين فيبقى الكل فيئا وغنيمة (وان اسلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون) تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له) لانه فى يد محترمة ويده كيده (وما سوى ذلك فىء) اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذى فى يد الحربى فلانه لم يصير معصوما لان يد الحربى ليست يدا محترمة (واذا اسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شىء عليه الا الكفارة فى الخطأ) وقال الشافعى رحمه الله تعالى تجب الدية فى الخطأ والقصاص فى العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة * وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهى ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فتكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل * * * * * * ولنا

قــــوله ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين فلما استحق ما او جف المسلمون عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة واحدة ولم يتبعض استحقاقه لذلك كما فى مال الزكوة والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره لغنيمة فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغانمون بمعنى وهو مباشرتهم القتال قــــوله وفى هذا السبب واحد اى فى المأخوذ بالايجاب قــــوله وهوماذكرناه وهوقوله ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين قــــوله لما قلنا من قبل اى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فىء لانها كافرة حربية لاتتبعه فى الاسلام وكذا حملها فىء لانه جزؤها فيرق برقها قــــوله وما كان من مال او دعه مسلما او ذميا فهو له لانه فى يد محترمة وانما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا فى ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان غصبا عند حربى على قياس ما اذا اسلم الحربى فى دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه ان ما كان وديعة عند حربى او غصبا عند مسلم او ذمى او ضائعا فهو فىء عند ابى حنيفة رحمه الله * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون فيئا كذا فى الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله قــــوله لكونه مستجلبا للكرامة لان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله اثر فى استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لابالدار التى هى جماد فلا اثرلها فى استحقاق الكرامة قــــوله لحصول اصل الزجر ولهذا وجب الزاجر الذى هو الكفارة بالعصمة المؤثمة بالاتفاق قــــوله والمقومة كمال فيه اى فى اصل العصمة وذلك لانه لما وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل من الذى وجب فيه الاثم دون المال فيتعلق الكمال وهو العصمة * * * * * * * * * * * * المقومة

ولنا

* ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفى غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمى خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها * اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك فى الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو فى المال دون النفس فكانت النفوس تابعة * ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك فى النفوس * * * * * * * * * * * * * الا

المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤثمة اى تعلق العصمة المقومة بالاسلام كما تعلق به العصمة المؤثمة فتجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فالآية سيقت لبيان انواع القتل وموجباته فاوجب اولا فى المؤمن المطلق دية وكفارة لقوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الاخطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة لقوله تعالى فان كان من عدولكم وهو مؤمن اى المقتول اذا كان من الكفار دارا وهو مؤمن فتحرير رقبة ثم اوجب بقتل الذي هاجر دية وكفارة فدل ايجاب الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر على ان لادية قوله جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء لان الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للكافى لانه مأخوذ من جزا اى كفا فيمتنع وجوب شئ اخر معه تفاديا عن الزيادة على ما هو كاف فمن اوجب الدية جعل تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا * فان قيل تحرير الرقبة ان كان كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض الواجب بنص اخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة * قلنا تحرير الرقبة جزاء حقيقة والجزاء الحقيقى لايجوز ان يكون كلا وبعضا وانما يكون بعضا بقضية نص آخر اذا كان ذلك النص ناسخا لهذا النص ولايمكن القول بالنسخ لان الآية نزلت بمرة واحدة والناسخ والمنسوخ لايرد ان معا ولو تصور النسخ فقوله عدولكم متأخر فيكون ناسخا للاول على ان هذا المؤمن غير داخل فى تحت صدر الاية لانه افرد له حكما آخر لانه جعل كل الجزاء الكفارة وفى صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزاء فلم يكن داخلا تحت صدر الآية قوله او الى كونه كل المذكور لان كل المذكور ههنا التحرير لاغير والموضع موضع الحاجة الى البيان لانه شرع فى بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير فعلم به ان الواجب هو التحرير لاغير اذ السكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان بان ما هو المذكور كل الواجب ولايلزم الاخلال فى بيان صاحب الشرع وهو لايجوز قوله والقيام بها بحرمة التعرض اى انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكاليف اذا كان محرم التعرض اذ لو لم يكن محرم التعرض لايتمكن من اقامة التكاليف قوله لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ومعنى الجبر يتحقق فى الاموال لان الفائت من ذوات الامثال يجبر بالصورة والمعنى وفى ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة * ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان التقويم ينبئ عن خطر المحل والخطر انما يثبت اذا كان ممنوعا عن الاخذ فيما اتصل اليه الايدى بلا منازع ومدافع لايكون خطيرا كالماء والتراب فكذا فى النفوس * * * * * * * * * * * * قوله

الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن فى دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لاولى له اوقتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة * ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه وارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمد والولى معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولى من لاولى له * وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع فى هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (فليس له ان يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض والله تعالى اعلم بالصواب

باب العشر والخراج

(قال ارض العرب كلها ارض عشر وهى ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال) * * * من

قوله الا ان الشرع هذا جواب من قال المسلم الذى اسلم فى دار الحرب له منعة ايضا وهم الكفار فيكون محرزا فقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لانا مأمورون بابطال تلك المنعة قوله والمرتد والمستأمن فى دارنا من اهل دارهم حكما هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصمة المقومة بالاحراز بالدار بان يقال انهما محرز ان بدار الاسلام فينبغى ان يجب لهما التقوم ولم يجب حتى ان فى قتلهما لاتجب الدية مع انهما فى دار الاسلام قوله وان شاء اخذ الدية اى بطريق الصلح لان موجب العمد القود عينا قوله وهو العامة او السلطان فان قيل تردد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما فى المكاتب اذا قتل عن وفائه وله وارث * قلنا الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة المكاتب والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

باب العشر والخراج

ذكر ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فى الامالى حدود ارض العرب ما وراء حدود الكوفة الى اقصى صخر باليمن وهو مهرة * وفى شرح القدورى قال الكرخى رحمة الله تعالى عليه ارض العرب كلها عشرية وهى ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعنى البادية * وقد ظهران من روى الى اقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد اى اراضى سواد العراق * وبه صرح الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه يقال سواد الكوفة والبصرة اى قراهما وسمى سواد العراق به لخضرة اشجاره وزروعه * العذيب ماء لتميم * وحلوان اسم بلدة * والثعلبية من منازل البادية ووضعها موضع العلث فى حد السواد خطأ * العلث بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقى دجلة * عبادان حصن صغير على شط البحر قوله وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة وهذا طوله * وقوله بمهرة تفسير قوله الى اقصى حجر * واما عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالج الى مشارق الشام * ومهرة بفتح الميم وسكون الهاء ابو قبيلة وسمى به ونسبت الابل المهرية الى ذلك الموضع قوله والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان هذا عرضه * * * * * قوله

(من العلث الى عباد ان) لان النبى عليه السلام والخلفاء الراشدين رضى الله عنهم لم يأخذوا الخراج من اراضى العرب ولانه بمنزلة الفىء فلا يثبت فى اراضيهم كما لا يثبت فى رقابهم * وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها الكفر كما فى سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضى الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضى الله عنهم على وضع الخراج على الشام (قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضى مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل (قال وكل ارض اسلم اهلها اوفتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهى ارض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهى ارض خراج) وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج (وفى الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى ارض عشر) لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر او بماء الخراج (قال ومن احيا ارضا مواتا فهى عند ابى يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج) ومعناه بقربه (فهى خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهى عشرية) والبصرة عنده كلها عشرية باجماع الصحابة رضى الله عنهم لان حيز الشىء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ماقرب من العامر وكان القياس فى البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضى الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها اوبعين استخرجها اوماء دجلة والفرات والانهار العظام التى لا يملكها احد فهى عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التى احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزد جرد فهى خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر فى ذلك الماء لان السقى بماء الخراج دلالة التزامية (قال والخراج الذى وضعه عمر رضى الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمى وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر رضى الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والزرع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب فى الكرم اعلاها وفى الزرع ادناها وفى الرطبة اوسطها * * * * قال

قوله ومن العلث الى عبادان هذا طوله كذا فى النهاية **قوله** والخراج اليق به لان فى الخراج معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى انه يجب وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة ومكة مخصوصة من هذا وكان القياس فى ارض مكة ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة لكن رسول الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج على اراضيهم **قوله** نهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزد جرد ملك من ملوك العجم * * * * * * * * الجريب

(قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لانه ليس فيه توظيف عمر رضى الله تعالى عنه وقد اعتبر الطاقة فى ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين * والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر * وفى ديارنا وظفوا من الدراهم فى الاراضى كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اى شئ كان (قال فان لم تطق ماوضع عليها نقصهم الامام) فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الاترى الى قول عمر رضى الله عنه لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا لابل حملناها ما تطيق ولو زدناها لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان * وعند ابيوسف رحمه الله لا يجوز لان عمر رضى الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة

(وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع افة فلا خراج عليه) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج * * * * * * * * * * * * * قال

الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله * وفى المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهى ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا ذكر الامام التمر تاشى رحمة الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات * وقيل هذا حكاية عن جريبهم فى اراضيهم وليس بتقدير لازم فى الاراضى كلها بل جريب الاراضى يختلف باختلاف البلدان فيعتبر فى كل بلد متعارف اهله فالمراد بالقفيز الصاع وهو ثمانية ارطال اربعة امناء خلافا لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة او الشعير * وفى شرح الطحاوى قفيز مما يزرع فيها * الرطبة بالفتح الاسفست الرطب * النخيل المتصل الذى اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولة بها قــــوله او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولو اخذناه بالخراج كان به استيصاله ومما حمد من سير الاكاسرة انهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزاينهم ما انفقوا ويقولون التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح فان لم يرد عليه شيئا فلا اقل من ان لا يأخذ منه الخراج * وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا فى ذمته فاما الخراج فصلة واجبة بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذى اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده * وفى الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والخراج مع ان كل واحد منهما متعلق بالتمكن وهو ان الاجر يجب شيئا فشيئا بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الخراج لانه لايجب شيئا فشيئا فتعتبر المكنة فى المدة التى يحصل فيها الريع * ثم قال هذا اذا ذهب كل الخارج اما اذا ذهب بعضه فان بقى مقدار الخراج ومثله ان بقى مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقى اقل من مقدار الخراج يجب نصفه * قال مشايخنا رحمهم الله ما ذكر فى الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا اما اذابقى فلا يسقط الخراج * * * * * * * * * * * * قــــوله

قال

(قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولايفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس (ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله) لان فيه معنى المؤنة فتعتبر مؤنة فى حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز ان يشترى المسلم ارض الخراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اشتروا اراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر فى الخارج من ارض الخراج) وقال الشافعى رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا فى محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان * ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج فى ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب فى ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر فى ارض اسلم اهلها طوعا * * * والوصفان

قــــوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنه واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر ولكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة * وعن ابى يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا * وفى جمع الشهيد رحمه الله باع ارضا خراجية فان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله قــــوله قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى كمن له ارض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لوكان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذى ضيع الزيادة* وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس * فان قيل كيف يجوز هذا وهم لو اخذوا كان اخذهم فى موضعه لكونه واجبا * قلنا المعنى من ذلك انا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم فى كل ارض ليس هذا شأنها انها كانت هى قبل هذا تزرع الزعفران او الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران او الزراجين وهذا منهم طمع فى غير مطمع فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا فى الفوائد الظهيرية قــــوله من غير كراهة احتراز عما يقوله المتعسفة بانه مكروه ويستدلون بما روى ان النبى عليه السلام رأى من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة * وقد روى عن عبدالله بن مسعود والحسين بن على وشريح رضى الله تعالى عنهم انه كانت لهم ارضون بالسواد يؤدون خراجها قــــوله فى محلين مختلفين بسببين مختلفين وكذلك لمصرفين مختلفين * اما اختلاف المحل فان الخراج فى ذمة المالك والعشر فى الخارج * واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الأرض النامية تحقيقا * واما اختلاف المصرف فان الخراج مصروف الى المقاتلة والعشر مصروف الى الفقراء * * قــــوله

والوصفان لا يجتمعان فى ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض * وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة) لان عمر رضى الله تعالى عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه فى كل خارج والله تعالى اعلم بالصواب

بابــــ الجزية

وهى على ضربين جزية توضع بالتراضى والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله عليه السلام بنى نجران على الف ومائتى حلة ولان الموجب هو التراضى فلا يجوز التعدى الى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى فى كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم فى كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يضع على كل حالم دينارا اوما يعدل الدينار الغنى والفقير فى ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضى الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا * اوعدله

قــــوله والوصفان لا يجتمعان فى ارض واحدة لان بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان **قــــوله** وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما حتى لو اشترى ارض عشر اوخراج للتجارة ففيها العشر او الخراج دون زكوة التجارة عندنا لان الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كالزكوة فلا يجتمعان كما لا تجب زكوة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد * ثم العشر او الخراج صار وظيفة لهذه الارض فلا يسقط مع انه اسبق ثبوتا من زكوة التجارة ولانه آكد على معنى انه لا يسقط بعذر ما والزكوة تسقط بعذر الصبا والجنون واذا كان آكد كان اولى بالايجاب كذا فى الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب

بابــــ الجزية

الجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزى عن الذمى اى تقضى وتكفى عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل * هى ثابتة بالكتاب وهو **قوله تعالى** حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة وهو ماروى انه عليه الصلوة والسلام اخذ الجزية عن مجوس هجر * وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمال ولو جاز ذا لجاز تقرير الزانى على الزنا بمال يؤخذ منه * والجواب عنه انه ليس المقصود هو المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لانه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يسلم مع ان فيه دفع شر قتاله **قــــوله** كما صالح رسول الله عليه الصلوة والسلام بنى نجران على الف ومائتى حلة نجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هذا هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهى من الحلول من حل الدار او الحل من حل العقدة لما بينها من الفرجة **قــــوله** على الغنى الظاهر الغنى هو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج الى العمل * والمتوسط الذى له مال لا يستغنى بماله عن العمل * والمعتمل الذى يكسب اكثر من حاجته ولا مال له * وقيل الفائق الذى يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذى يملك مائتى درهم فصاعدا * والمعتمل الذى يملك ما دون المائتين اولا يملك شيئا كذا فى شرح القدورى * * * **قــــوله**

اوعدله

او عدله معافر من غير فضل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذرارى والنسوان * وهذا المعنى ينتظم الفقير والغنى ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانها وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله * وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امر بالاخذ من الحالمة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية (قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس (قال وعبدة الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعى رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه فى حق اهل الكتاب بالكتاب وفى حق المجوس بالخبر فبقى من وراءهم على الاصل * ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدى الى المسلمين ونفقته فى كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فیء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبى عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدى الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة فى العقوبة * وعند الشافعى رحمة الله تعالى عليه يسترق مشركوا العرب * وجوابه ما قلنا * * * * * * واذا

قــــوله او عدله معافر اى خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافرى منسوب الى معافر بن مؤثم صار له اسما بغير نسبة كذا فى المغرب * وذكر فى الفوائد الظهيرية معافر حى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشیء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه قــــوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم * التمسك به من وجهين * احدهما ان نصب المقادير بالرأى لا يكون فدل انه اعتمد السماع من النبى عليه السلام * والثانى انه فعل ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ومشورة منهم ولم يرده عليه احد فصار اجماعا قــــوله وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذى يلزمهم القتال فى سبيل الله لو كانوا مسلمين * فان قيل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية فرض عين * قلنا ان القتال فى الاصل واجب على كل انسان منا لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين * فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الاخرين وهذا كالسعى واجب على كل مسلم فان حمله انسان كرها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لامكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لزم على كل انسان ذلك * فان قيل النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة * قلنا ان الخلفية عن النصرة فى حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين كذا فى الاسرار قــــوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته * فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا * ووسط الحال ينصرها راكبا * والفائق فى الغنى يركب ويركب غلامه قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اى من العرب والعجم قــــوله فالمعجزة فى حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهرهم وكانوا اعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه امينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الاحتراز فمن كان محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم * * * * وكانوا

(واذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فیء) لان ابا بكر الصديق رضى الله عنه استرق نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبى) لانها وجبت بدلا عن القتل اوعن القتال وهما لايقتلان ولايقاتلان لعدم الاهلية (قال ولازمن ولا اعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا * وعن ابى يوسف رحمه الله انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل فى الجملة اذا كان له رأى (قال و لا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعى رحمه الله * له اطلاق حديث معاذ رضى الله عنه * ولنا ان عثمان رضى الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولان خراج الارض لايوظف على ارض لاطاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد) لانها بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا وعلى اعتبار الثانى لاتجب فلا تجب بالشك (ولايؤدى عنهم مواليهم) لانهم تحملوا الزيادة بسببهم * * * * * * * * * * * * * ولاتوضع

وكانوا اعرف بفهم معانيه واعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم الزم * فان قيل على هذا وجب ان لايقبل الجزية من العرب وانكانوا من اهل الكتاب * قلنا المراد بالعرب عربى الاصل واهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعربى الاصل فالنبى عليه السلام صالح بنى نجر ان على الف ومائتى حلة كل سنة وكذا عمر رضى الله عنه اخذ الجزية من نصارى بنى تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكناهم فى ارض العرب لاباعتبار الاصل وانما العرب فى الاصل هم عبدة الاوثان وانهم آمنون كما وصفهم الله تعالى فى كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف فى حقه واهل الكتاب جنايتهم فى الكفر اخف من جناية عبدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب الاترى انه تحل مناكحتهم وذبيحتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف **قوله** بدلا عن القتل او عن القتال * فان قيل تلزمها النصرة بالمال لوكانت مسلمة فكذا اذا كانت ذمية * قلنا الجزية ماشرعت خلفا عن النصرة فى حقنا لاغير بل خلفا عن النصرة فى حقنا وعن القتال او عن القتل فى حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ الى المقاتلة لتحصيل النصرة بماله كما تحصل ببدنه لوكان مسلما فاذا لم يكن من اهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا يجب باحدهما **قوله** وعن النصرة فى حقنا لان اهل الذمة يصيرون منا دارا والقيام بنصرة الدار واجب على اهلها ولا يصلح ابدانهم لهذه النصرة لميلهم الى اهل الدار المعادية اعتقادا فاوجب الشرع عليهم فى اموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصرة التى فاتت باصرارهم على الكفر فى حقنا **قوله** وجوابه ما قلنا من تغليظ كفرهم واذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فیء لانه عليه السلام سبا ذرية او طاس وهوازن واسترق ابوبكر رضى الله عنه نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع فى سهم على رضى الله عنه الحنيفة فولد منها محمد بن الحنيفة واذا ظهرنا عليهم اى على مشركى العرب والمرتدين الا ان ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذرارى عبدة الاوثان من العرب ونساؤهم لايجبرون على الاسلام * وحنيفة ابوحى من العرب **قوله** وعلى اعتبار الثانى لا يجب اى على اعتبار النصرة لانه لا يجب عليهم النصرة والجزية بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا **قوله** ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اى تحملوا زيادة الجزية بالغنى بسبب هؤلاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركى العرب والمرتدين * واما الصابئون فقد قال ابو حنيفة رحمه الله تؤخذ منهم الجزية * وقال صاحباه لاتؤخذ * * * قالوا

ولاتوضع

(ولاتوضع على الرهبان الذين لايخالطون الناس) كذ ذكر ههنا وذكر محمد رحمه الله عن ابى حنيفة رحمه الله انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابى يوسف رحمه الله * وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية * ووجه الوضع عنهم انه لاقتل عليهم اذا كانوا لايخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته فى اكثر السنة (ومن اسلم وعليه جزية سقطت) وكذلك اذامات كافرا خلافا للشافعى رحمه الله فيهما* له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد * ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهى والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولاتقام بعد الموت ولان شرع العقوبة فى الدنيا لايكون الا لدفع الشر وقداندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة فى حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمى يسكن ملك نفسه فلامعنى لايجاب بدل العصمة والسكنى (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم تؤخذ) وهذا عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تؤخذ منه وهو قول الشافعى رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه فى قولهم جميعا وكذلك ان مات فى بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها * وقيل خراج الارض على هذا الخلاف * وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق * لهما فى الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذااجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيمانحن فيه بعد توالى السنتين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه * ولابى حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه * * * * * * * ولهذا

قالوا وانما قال ذلك ابو حنيفة رحمه الله لانه وقع فى رأيه انهم من اهل الكتاب * واما الزنادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لوجاء الزنديق قبل ان تؤخذ فاقر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لاتقبل توبته لانهم باطنية يظهرون شيئا ويعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولاتقبل توبتهم كذا فى سير فتاوى قاضيخان رحمه الله قــــوله وكذلك اذا مات كافرا وكذلك اذا عمى او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لايستطيع ان يعمل او صار فقيرا لايقدر على شيء وبقى عليه من جزية رأسه شيء سقط ذلك الباقى كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله قــــوله له انها وجبت بدلا عن العصمة اذاصل العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والذمى عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين او عن السكنى فانه لما اراد سكنى دارنا ابدا لايمكن الابدال وقد وصل اليه المعوض فلايسقط العوض بعارض الاسلام او الموت قــــوله فى الاجرة والصلح عن دم العمد يعنى لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون فى معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما فى الاجرة ولوكانت بدلا عن العصمة تكون فى معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لايسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو فى معناه قــــوله وهى والجزاء واحد وهو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار وفى النص اشارة اليه حيث جعل حالاتهم عند الاعطاء فيكون اضرارا ظاهرا وهى المعنى بالعقوبة قــــوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى * * قــــوله

ولهذا لاتقبل منه لو بعث على يد نائبه فى اصح الروايات بل يكلف ان يأتى به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد * وفى رواية يأخذ بتلبيبه و يهزه هزا ويقول اعطنى الجزية ياذمى فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل لافى الماضى لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لالحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه * ثم قول محمد رحمه الله فى الجزية فى الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشائخ رحمهم الله على المضى مجازا وقال الوجوب باٰخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فيتداخل * وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابى حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجئ * والاصح ان الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى رحمه الله فى آخره اعتبارا بالزكوة * ولنا ان ما وجب بدلا عنه لايتحقق الافى المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضى الحول فاوجبناها اوله

فصل

(ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام) لقوله عليه السلام لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها) لان الابنية لاتبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لايمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها * وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر * والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفى ارض العرب يمنعون من ذلك فى امصارها وقراها لقوله عليه السلام لايجتمع دينان فى جزيرة العرب * قال

قوله ولنا ان ما وجب بدلا عنه فالذى وجبت الجزية بدلا عنه القتل فى حقهم والنصرة فى حقنا والقتل انما يستوفى لحراب قائم لالحراب ماض فكذا النصرة انما يتحقق فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه فلو قلنا بان الوجوب فى آخر السنة يلزم ان لا يجب شئ لان فى الماضى من السنة لم يبق الحراب قائما ووقعت الغنية عن النصرة فلا يجب * واما الجواب عن اعتباره بالزكوة فقلنا انما وجبت الزكوة فى آخر الحول لان الزكوة انما تجب فى المال النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء **قوله** على ما قررنا اشارة الى قوله لان الماضى وقعت الغنية عنه **قوله** فاوجبناها فى اوله بخلاف الزكوة لان سببها المال النامى والنمو لايتحقق الابمدة وقدرت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لايثبت

فصل

قوله لقوله عليه السلام لاخصاء فى الاسلام ولاكنيسة الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه يخصيه اى نزع خصيته والاخصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب * وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله اهل الكتاب حتى يصير فى حكم الخصى يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة مطلقا فى الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى **قوله** والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة اى لايمكنون من احداث الصومعة التى يتخلون فيها ايضا **قوله** والمروى عن صاحب المذهب اى عن ابى حنيفة رحمه الله والمراد من المروى قوله وهذا فى الامصار دون القرى جزر الماء اذا انحسر عن الارض حين غار ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال جزيرة العرب * * لارضها

قال

(قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلايركبون الخيل ولايحملون السلاح ولايعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لايجوز والعلامة تجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام * ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات وتجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعولهم بالمغفرة * قالوا الا حق ان لا يتركوا ليركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين فان لزمته ضرورة اتخذوا سرجا بالصفة التي تقدمت (ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام اوزنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لاادأوها والالتزام باق * وقال الشافعي رحمه الله سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه * ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لايمنعه فالطارئ لايرفعه (قال ولا ينتقض العهد الا وان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا) لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا نقض الذمي العهد فهو بنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ماحمله من ماله الا انه لواسر يسترق بخلاف المرتد والله تعالى اعلم بالصواب

لارضها ومحلتها لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد احاطت بها* الكستيج عن ابي يوسف رحمه الله خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم * ومنه امر عمر رضي الله عنه اهل الذمة باظهار الكستيجات * قــــوله وصيانة لضعفة المسلمين المراد من الضعفة هم الضعفة في الدين لاالضعفة في البدن اي انما يؤخذ اهل الذمة بمايورث عليهم الصغار والذلة لكي يروا في اعين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لايقولوا ان الكفار يتقلبون في النعمة والدعة والمؤمنين في المحنة والصنعة وان لايميلوا الى الكفر بسبب سعتهم ورونق حالهم * واليه اشار الله تعالى الى قوله ولو لا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الايه قــــوله فلولم تكن علامة مميزة فلعل الذمي يعامل معاملة المسلمين وربما يموت منهم احد فجأة في الطريق فاذا لم تكن معه علامة يظنونه مسلما فيصنعون به مايصنعون بموتى المسلمين والتحرز عن ذلك واجب في حق الكفار * فان قيل اليس ان النبي عليه السلام لم يأخذ بذلك يهود المدينة ولانصارى نجران ولا مجوس هجر * قلنا انهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين بالديانة لايشتبه حالهم فكان لاتقع الحاجة الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لايعرف وقعت الحاجة الى ذلك وكان ذلك صوابا قال رسول الله عليه السلام اينما دار عمر فالحق معه * وذكر التمرتاشي رحمه الله فيكتفي في كل بلد من العلامة بما تعارفه اهله لان المقصود يحصل بهذا * الجفاء هو الغلظ في العشرة والخرق في المعاملة وترك الرفق * ومنه قوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنانير عن الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه قــــوله ليركبوا الا للضرورة كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه قــــوله وكذا في حكم ما حمله من ماله يعني الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله فيء والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * * * *

فصل

(ونصارى بنى تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف مايؤخذ من المسلمين من الزكوة) لان عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاف * وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر رضى الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان * ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الاترى انه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبى الخراج) اى الجزية (وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الاترى ان مولى الهاشمى يلحق به فى حق حرمة الصدقة * ولنا ان هذا تخفيف والمولى لايلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى فى حقه ولايلزم مولى الغنى حيث لاتحرم عليه الصدقة * * * * * * * * لان

فصل

بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضى الله عنه بالجزية فابوا وخاف عمر رضى الله عنه ان يلحقوا بالروم فيصيروا عونا لهم وطلبوا ان يؤخذ منهم مايؤخذ من المسلمين فابى ذلك عمر رضى الله عنه فوقع الصلح على ان يضاعف عليهم مايؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم * ثم اختلفوا فى هذا الواجب فقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم وقال اصحابنا رحمهم الله هو واجب بشرائط الزكوة فى حق المأخوذ منهم وخراج الارض فى حق الآخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكوة ومن قضية التضعيف ان يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والاسباب فجعل الواجب فى حقهم بشرائط الزكوة واسبابها **قوله** والمرأة من اهل وجوب مثله اى مثل مال وجب بالصلح **قوله** ولايراعى فيها شرائطها اى لا يراعى فى المضاعفة من الزكوة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب والهز **قوله** بمنزلة مولى القرشى اى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبى وان لم تؤخذ من التغلبى * ولنا ان هذا تخفيف اى اخذ ضعف ما يؤخذ من المسلم تخفيف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف * واما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فقلنا قد تعذر اجراء هذا الحديث على عمومه لانعقاد الاجماع على ان مولى الهاشمى لا ينزل منزلة الهاشمى فى الكفاءة وكذلك مولى القرشى على ماذكرناه واذا تعذر اجراؤه على العموم يجب تأويله على معنى التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم واما حرمان مولى الهاشمى عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا ان الحديث مأول بمعنى التناصر ففى التنصر استعظام فلذلك الحق مولى الهاشمى به فى ذلك المعنى كذا فى الفوائد الظهيرية * * * **قوله**

لان

لان الغنى من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى اما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن او ساخ الناس فالحق به مولاه (قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بنى تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلمائهم منه مايكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرارى على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال (ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء) لانه صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله تعالى اعلم بالصواب

باب احكام المرتدين

(قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الاان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته (قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والاقتل وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابى قتل) وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار * وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب * وعن الشافعى رحمه الله ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه التأمل فقدرناه بالثلث * ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لايجوز تأخير الواجب لامر موهوم ولافرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل * * * * * * * * * * * * وكيفية

قوله لان الغنى من اهلها اى فى الجملة بان كان عاملا * القنطرة مالايرفع * والجسر ما يرفع قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء والعطاء مايكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤدة فى الاسلام كازواج النبى عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار رضى الله عنهم وكذا لومات فى اخر السنة لايورث العطاء لما قلنا انه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة فى ذمة الزوج تسقط كذا هنا * وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لومات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قد اوفى عناه فيستحب الصرف الى ورثته ليكون اقرب الى الوفاء والله تعالى اعلم بالصواب

باب احكام المرتدين

قوله باحسن الامرين الاسلام والقتل والاسلام احسنهما قال عليه السلام لعلى رضى الله عنه لان يهدى الله بك واحدا خيرا من ان يقتل ما بين المشرق والمغرب قوله وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل اى قوله ويحبس ثلثة ايام اذا استمهل فيمهل ثلثة ايام اما اذا لم يستمهل يقتل من ساعته فى ظاهر الرواية وفى النوادر عن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله يستحب للامام ان يمهل وان لم يطلب * وقال الشافعى رحمه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك قوله لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار * فان قيل هذا * * * * * * * نصب

وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود (قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (واما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها * ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل معنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية (قال ولكن تحبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت اوامة والامة يجبرها مولاها) اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين * ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام (قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالامراعى فان اسلم عادت الى حالها) قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص * وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات اوقتل على ردته اولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه * * * قال

نصب الحكم بالرأى في الموضع الذى لامدخل فيه للرأى لانه من المقادير وفيها لا يجرى الرأى * قلنا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلثة ايام ورود فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هناك بثلثة ايام للتأمل والتقدير بها هنا ايضا للتأمل **قوله** وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اى بعد الاتيان بكلمتى الشهادتين **قوله** لان الكفر مبيح اى كفر المحارب **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يقتل لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من يعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه * وبه تبين ان الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجناية اذ الانكار بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار وردتها تشاركها فيه فتشاركها في موجبها كالزنا مع الاحصان * ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الاخرة لان الاصل في الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح يعود الينا كالقصاص وحد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول * وانما عدل عنه في الرجل لدفع شر ناجز وهو الحراب وهو معدوم في المرأة اذ بنيتها لاتصلح للحراب فلا تقتل في الكفر الاصلي والطارئ **قوله** فتجبر على ايفائه بالحبس لانه شرع على منع الحقوق مع القدرة على الاداء كما في حقوق العباد **قوله** فلما ذكرنا اى لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار **قوله** ويزول * * * * * * ملك

قال

(قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئا) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعى رحمه الله كلاهما فىء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا امان له فيكون فيئا* ولهماان ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ماقبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم *ولابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه يمكن الاستناد فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد فى كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده * ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقى وارثا الى وقت موته فى رواية عن ابيحنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد * وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثهلان الردة بمنزلةالموت * وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفىء بخلاف المرتد عند ابيحنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهى مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانه لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد * * * * * * * * * * * قال

ملك المرتد من امواله بردته زوالا مراعى اى محفوظا وموقوفا زواله الى ان تبين حاله لان ردته توجب زوال ملكه على قول ابى حنيفة رحمه الله ثم لو اسلم فالمال ماله على ما كان وان مات او قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندا الى اول السبب وهو الردة كما فى البيع بشرط الخيار فانه اذا اجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشترى المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هذا الطريق التوريث فيه توريث المسلم من المسلم * فان قيل زوال ملكه اما ان يكون قبل الردة او معها اوبعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه وبعد الردة هو كافر * قلنا نعم المزيل الملك ردته كما ان المزيل للملك موت المسلم*ثم الموت يزيل الملك عن الحى لا عن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكما ان الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم **قوله** ثم هو مال حربى لا امان له فيكون فيئا فيوضع فى بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع قلنا المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركوا المسلمين فى الاسلام ويرجحوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين مقدم على ذى سبب واحد فكان الصرف اليهم اولى **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج وكونه مكلفا يشعر بكمال الاهلية وكمال الاهلية لا يقتضى زوال الملك بل يقتضى تقرره فصار هذا المالك كالمحكوم برجمه حيث لا يزول ملكه هناك **قوله** وبقى وارثا الى وقت موته حتى لو اسلم بعض قرابته بعد ردته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لايرثه على هذه الرواية **قوله** لانه يصير فارا * فان قيل بمجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهى صحيح البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كما فى المرض * * * فيثبت

(قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التى عليه ونقل ما اكتسبه فى حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعى رحمه الله تعالى يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة فى دار الاسلام * ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات فى حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هى منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لايستقر لحاقه الا بقضاء القاضى لاحتمال العود الينا فلابد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهى ماذكرناها كما فى الموت الحقيقى * ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه فى قول محمد رحمه الله تعالى لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال * وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف (وتقضى الديون التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى حال الاسلام وما لزمته فى حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه فى حال ردته) قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذه رواية عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه * وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك تقضى من كسب الردة * وعنه على عكسه * وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذى فى تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم * وجه الثانى ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا * وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما والله تعالى اعلم (قال وما باعه او اشتريه او اعتقه اووهبه اورهنه اوتصرف فيه من امواله فى حال ردته فهوموقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات اوقتل اولحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه) * * * * * * * وقالا

فيثبت التعلق باول اجزاء الردة * ثم البينونة بعد تمامها وهو فى اتمام الردة مختار فيتحقق منه الابانة فى حال ما تعلق حقها بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة فى صحتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هى لاتقتل بالردة والمرتدة اكسابها لورثتها المسلمين لانه لاحراب منها فلم يصر مالها فيئا بل بقى على ملكها واحق الناس بملكها ورثتها **قــــوله** وكسب الردة خالص حقه * فان قيل هذا يناقض قوله قبل هذا اما كسب الردة فليس بمملوك له * قلنا لايلزم من كونه خالص حقه ان يكون ملكا له كاكساب المكاتب تكون خالصة له وهى ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه اى لايتعلق به حق الورثة * واقصى ما فى الباب ان يكون ذلك فيئا على تقدير موته على الردة وكونه فيئا لايخرجه من ان يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى ديونه منه كالذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله بجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه * * * * * * * * * * * * قوله

(وقالا يجوز ما صنع فى الوجهين) اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له * * * * * * * * ومو قوف

قـــوله وقالا يجوز ما صنع فى الوجهين احدهما الاسلام والثانى احد الاوجه الثلثة من الموت والقتل واللحوق قـــوله نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى اذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامة ام ولده لان حقه فى ماله اقوى من حق الاب فى جارية ولده وذا يكفى لصحة الاستيلاد فهذا احق والطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية فقد صح طلاق العبد مع قصور ولايته * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وصورته اذا ارتدا معا واشار فى الاسرار الى ان ردة احد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا وضعا بدليل ان الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضعا وكذلك يصح فى غير النكاح ولان الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع فى غير المدخول بها فثبت انها واقعة لمنافاة بينهما حكما اذ لا ثالث ههنا واذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تأبيد الحرمة فكانت المرتدة فى العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فجعلناه فسخا عملا بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمية لانها مؤبدة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة اثر الطلاق * وذكر فى المحيط وكل فرقة توجب التحريم مؤبدا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر له اثر واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذى هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهى فى العدة وقع عليها الطلاق لان المنافى وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون قـــوله وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له * وذكر فى النهاية فان قيل ايش تعنى بالملة ان عنيت بها ملة الاسلام ينقض بصحة نكاح اهل الكتاب وان عنيت بها الملة السماوية ينقض بصحة نكاح المجوس واهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية اصلا لا مقررة ولا محرفة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضى اهل الاسلام بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين ولانهم لو اسلموا على نكاحهم ذلك يقرون عليه اذا لم يكن النكاح فى ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح * قلنا قال الامام ظهير الدين رحمه الله فى الفوائد وقد راجعت الفحول فى هذا فلم اجد لديهم ما يجدى نفعا وكنت فى ذلك متأملا حتى هجس فى فؤادى والناظ بصفرى ان المعنى من تلك الملة هى الملة التى يتدينون بذلك النكاح ويقرون على ذلك لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل وتنتظم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحبس فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح فلما لم يحصل بها هذا الغرض لانكون لهما ملة يتدينون بها التوارث فلا يصح نكاحهما * فالحاصل ان حل الذبيحة يقتضى ملة يتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح فلذا جاز نكاح المجوسى ونكاح سائر المشركين لانهم دانوا دينا لو مات من عليه يرثه من كان عليه ويقرون على ذلك الدين فحينئذ تنتظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم بخلاف المرتد والمرتدة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما * * * * * قـــوله

* وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم* ومختلف فى توقفه وهو ما عددناه * لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لوولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولومات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابى يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذالشبهة تزاح فلايقتل وصار كالمرتدة * وعند محمد رحمة الله تعالى عليه تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لاتقتل * ولابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه انه حربى مقهور تحت ايدينا على ماقررناه فى توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربى يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة فى الفصلين فاوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى وقاتل العمد لان الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه اخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه

قـــوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات اوقتل اوقضى بلحاقه بطلت المفاوضة اتفاقا ولكن يظهر انها كانت عنانا عندهما وعند ابيحنيفة رحمه الله يبطل اصلا لان فى العنان وكالة وهى موقوفة قـــوله على ما قررناه من قبل وهوقوله لانه مكلف محتاج آه قـــوله ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهرمن امرأة مسلمة يرثه وهذا لايضاح ان الملك للمرتد باق وانماقيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرتد لا يرث احدا لانه لاملة له ولا ولاية لانها كرامة وهو مهان والارث من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها والمسلم يرث من المرتد ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لايرثه هذا ايضا لايضاح ان الردة ليست كالموت من كل وجه واهلية المرتد للملك باقية قـــوله وصار كالحربى يدخل دارنا بغير امان الى قوله وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان هناك يتوقف حال الحربى بين الاسترقاق والقتل والمن وههنا بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق اوقتل بطل فان ترك نفذ فكذلك هنا * توضيحه ان المرتد هالك حكما والهلاك الحقيقى ينافى مالكية المال ولا ينافى توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهلاك الحكمى واذا توقف الملك توقف ما يبتنى عليه من التصرفات كما فى الحربى الذى ذكرنا بخلاف المقضى عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة فى حق ولى القصاص حتى لو قتله غير ولى القصاص بغير اذنه يقتل القاتل فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ما به كانت العصمة فى حق النفس فى حق الكل فكذلك فى حق المال لانه تابعة للنفس فى العصمة ولان تأثير الردة فى نفى المالكية فوق تاثير الرق فان الرق ينافى مالكية المال ولاينافى مالكية النكاح والردة ينافيهما فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار مالكية المال فههنا اولى قـــوله فى الفصلين اى فى فصل الحربى والمرتد * * * * * * قـــوله

لان

لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضى القاضى بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا (واذا وطىء المرتد جارية نصرانية كانت له فى حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهى ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة اولحق بدار الحرب) اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار فى حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد (واذالحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فىء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثانى انتقل الى الورثة بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما (واذالحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذى اسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة * * * * * * * لنفوذها

قـــوله لان القضاء قد صح لان القاضى قضى بعتقهن عن ولاية لانه لوكان فى دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يميته حكما فاذا قضى عن ولاية ينفذ قضاؤه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض قـــوله بدليل مصحح وهوقضاء القاضى بلحاقه قـــوله لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لايستقر لحاقه الا بقضاء القاضى قـــوله فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر وكذا الحكم فى ستة اشهر وفائدة التقييد به انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فالولد يرث من ابيه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده فى البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة لايتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله قـــوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك قـــوله فالولد تبع له لقربه الى الاسلام * فان قيل لم لايجعل مسلما باعتبار دار الاسلام كاللقيط * قلنا لان تبعية الدار عند عدم الابوين فاما عند وجودهما فلا يثبت ابتداء الاسلام للولد باعتبار الدار كالصغير اذا سبى ومعه احد ابويه * فان قيل يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين اذا ارتد ابواه فانه يبقى الولد مسلما مادام فى دار الاسلام باعتبار الدار فعلم بهذا ان تبعية الدار معتبرة عند الابوين ايضا * قلنا انما كان كذلك لان هناك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد ابويه باعتبار تبعيتهما فيبقى على ما كان باعتبار بقائه فى دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتبار الدار اذا كان فى يد ابوين كافرين * وفى الفوائد الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما اذا كانت امه مسلمة * وما قال فى الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه فى حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم بهذا ان الصحيح هو ما رواه محمد عن ابى حنيفة رحمهما الله انه يرثه من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعد ذلك قـــوله والثانى انتقل الى ورثته بقضاء القاضى هذا اذا رجع بعد قضاء القاضى بماله لورثته فاما قبل القضاء فكذلك فى رواية وفى رواية يكون فيئا لان بمجرد اللحوق لايصير المال ملكا للورثة * وجه الاول ان القضاء شرط ليترجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فتقرر موته ولما خرج الينا مغيرا ورجع بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فانما اخذ المرتد مال الورثة فلهذا يرد عليهم قـــوله فالكتابة اى بدل الكتابة * * * قـــوله

لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذى هو يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية فى ما اكتسبه فى حال الاسلام خاصة عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه فى حال الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لاتعقل لانعدام النصرة فتكون فى ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته فى الحالين ولهذا يجرى الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب فى الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب فى الردة لتوقف تصرفه * ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثانى فيئا عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية فى ماله لورثته) اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لايلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة * واما الثانى وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضى بلحاقه فهو على الخلاف الذى نبينه ان شاء الله تعالى (قال فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة) وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله (وقال محمد وزفر رحمهما الله فى جميع ذلك نصف الدية) لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم * ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة فى حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب وفى حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله * وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين (واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى لورثته) وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابى حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة * * * * * * والكتابة

قــــوله لنفوذها بدليل منفذ لصدورها من الابن حال ولايته قــــوله لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام لان الردة معنى لومات عليه بالسراية لا يلزم شئ فكذا اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه اوتناقضا البيع ثم مات لايجب الادية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شئ ولان البيع معنى يقطع ملكه فى النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس اصلا الاانا نقول ان الردة ليست بابراء عن ضمان الجناية وضعا ولا شرعا بل هى لتبديل الدين الاترى انها تصح من غير ابراء الاانه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجنى عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابرأ كذا فى الاسرار قــــوله وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين فانه اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لوعدم الملك عند اليمين اوعند الحنث لم يعتق هذا هو الحكم فى المقطوعة يده وان كان القاطع هو الذى ارتد فقتل ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلما فاذا كان عمدا فلا شئ له لان الواجب فى العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا

والكتابة

والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى (واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا و ولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولد ان فئ) لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها (ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد) وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية فى الاسلام * وهى رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين * والثانية صدقة الفطر * والثالثة جر الولاء * والاخرى الوصية للقرابة * * * * قال

قـــوله والكتابة لا يتوقف بالردة لانها لاتبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللحاق الذى هو شبه الموت * فان قيل سلمنا ان المكاتب يملك اكسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاء كان حرا فى آخر جزء من اجزاء حيوته كما هو مذهبنا ثم يستند حريته الى ما قبل الموت حتى يحكم بحرية اولاده الموجودين فى حال كتابته فحينئذ كان ما اكتسبه فى حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب ان يكون فيئا على قول ابيحنيفة رحمه الله * قلنا ذلك جواب القياس واما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بحريته بالاداء بعد الموت فى الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حريته وحرية اولاده وحقيقة الملك له فى المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتا عبدا الا ترى انه لاينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول فى عدم صيرورته فيئا يجعل كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيئا كذا فى الفوائد الظهيرية قـــوله فكذا بالادنى وهو الردة يعنى ان الرق اقوى من الردة فى المانعية من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء و غيرهما اما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع انه رقيق لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد بالطريق الاولى قـــوله فحبلت المرأة فى دار الحرب قيل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا حبلت فى دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهى ان العلوق متى كان فى دار الحرب كان ابعد عن الاسلام ومتى كان فى دار الاسلام كان اقرب الى الاسلام باعتبار الدار لكون الدار جهة فى الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا هنا بالطريق الاولى قـــوله ولا يجبر ولد الولد وهو ظاهر الرواية* ووجهه انه لو كان مسلما تبعا لجده كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام فلا يجبر على الاسلام تبعا للجد ولا يجبر ايضا تبعا لابيه وهو الولد الاول لان التبع لايستتبع غيره * وقوله فالولد ان فئ اما ولد الولد فلانه كافر اصلى واما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يسبى تبعا للام لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية قـــوله كلها على الروايتين اى فى ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب فى تلك المسائل * وفى رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله جعل الجد فيها بمنزلة الاب* اما صورة صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهى ما ذكره * واما صورة صدقة الفطر فهى ان الاب اذا كان فقيرا اوعبدا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد على الجد ام لا *وصورة جر الولاء انه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالى الجد ام لا * وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى رجل لذي قرابة لايدخل الولدان فيها وهل يدخل الجد ام لا ففى ظاهر الرواية يدخل وفى رواية الحسن لايدخل * * * * * * قـــوله

(قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل

واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابويوسف رحمة الله تعالى عليه ارتداده ليس بارتداد

واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد * لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له * ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما تتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه * ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر * ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم * * * وهذا

قوله ولا يقتل اي وان ادرك كافرا قوله وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور وهو قوله *سبقتكم الى الاسلام طرا*غلاما ما بلغت اوان حلم * وقيل اول من اسلم من الرجال ابوبكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم ينقل انه عليه السلام صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة * وان قلت صحح في احكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه انما الكلام في احكام الدنيا * فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما * قلنا هي حكاية حال فلا عموم لها واحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها قوله ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام * فان قيل الاسلام منفعة محضة و الردة مضرة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة محضة تحقق ما هو مضرة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة الا ترى ان قبول الهبة صحيح لانه منفعة محضة وردها باطل لانه مضرة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام * قلنا هذا من اعتبار الشئ بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر انه منفعة للصبي او مضرة وهذا لان الردة منه بجهل يخالفه وجهله في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك جهله بردته فبهذا يعلم ان قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان في كل منهما اعتبارا للشئ بعد وجود حقيقته وبعذر الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة انه غير موجود الا ترى ان الصبي اذا صام ثم اكل عامدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبي لان من ضرورة كونه اهلا للعقد كونه اهلا لرفعه كما انه لما كان اهلا لعقد الاحرام والصلوة كان اهلا للخروج منه * وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره الا ترى ان ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة ابيه فيجب ان لا يلحقه من جهة نفسه ايضا قوله ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان في هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحمة لصباه كان ينبغي ان لا يعذب في النار مخلدا كسائر الكفار وقد صح ان الصبي الكافر يخلد في النار فالصبي المرتد اولى لان كفره اغلظ والصحيح ما علل به في المبسوط لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه * قوله

وهذا

* وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغيير العقيدة * وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله تعالى اعلم بالصواب

باب البغاة

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم * * * ولانه

قـــوله وهذا في الصبي الذي يعقل يعني في صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا ناظر الموحد افهم واذا ناظر الملحد افحم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه كما في البالغ ثم بعد وجود الشيء حقيقة اما ان يسقط اعتباره بحجر شرعي والحجر عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصلي الموضوع له * ثم قد يبتني عليه حرمان الارث والفرقة فلا يبالى بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية الاترى انه اذا يثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتمحض نفعا لا فيما يشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفي كونه وليا بل يثبت الامر ان لينتفع بهما وهذا لانه لما كان قاصر الاهلية صلح موليا عليه ولما كان صاحب اصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه لم نجعله وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبعا لابويه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة انها مضرة محضة * قلنا نعم الردة ضرر لكنه اهل للتصرف الضار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه الا ترى ان الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضرر الامكان تلافيه باقامة البينة على حريته * فان قيل لو صح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لاستحالة القول بكونه متنفلا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنفل وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتباره في التبع ولانه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا يقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا لم يحسن ان يصف كما بعد البلوغ * قلنا انما لم يكن مخاطبا بالادا لدفع الحرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا ادى باعتبار ان عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كالمسافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا ادى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا ادرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع انه يحكم باسلامه لوجود حقيقته من غير ان يتعرض بصفة وانما لا تبين زوجته منه اذا لم يحسن ان يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه اما قوله انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا * قلنا انما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضادة فاما اذا تأيد احدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصودة وتبعا لزوجها ايضا والله تعالى اعلم بالصواب

باب البغاة

قـــوله باهل حروراء وهي قرية بالكوفة تمد وتقصر وسبب خروجهم انهم قالوا القتال واجب بالنص وعلى رضي الله عنه ترك القتال بالتحكيم فارسل على عبدالله بن عباس رضي الله عنهما * ليكشف

ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره *وذكر الامام المعروف بخواهرزاده رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا * وقال الشافعى رحمه الله لايجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لايجوز قتل المسلم الادفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده * ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لايمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغى ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان * والمروى عن ابى حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم) دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشر دونه* وقال الشافعى رحمه الله لايجوز ذلك فى الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا * وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على رضى الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب * وقوله فى الاسير تأويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولابأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز * والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الابرضاه * ولنا ان عليا رضى الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ففى مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى (ويحبس الامام اموالهم ولايردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها وان كان لايحتاج اليها الاانه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها * * * * * * * * * قال

ليكشف شبهتهم فلما ذكروا قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر قوم على ذلك **قوله** اهون الامرين الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف شبهتهم والقتال **قوله** المعروف بخواهرزاده رحمه الله وهو خواهرزاده للقاضى الامام ابى ثابت رحمه الله **قوله** والمروى عن ابيحنيفة رحمه الله من لزوم البيت قال ابوحنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة بين المؤمنين ينبغى ان يعزل الفتنة ويحترز عنها ويلزم البيت ولايخرج الى الفتنة وتاويله اذا لم يكن له امام يدعو الى القتال اما اذا كان له امام وله غناء لايسعه التقاعد * وفى الحديث اذا هاجت الفتنة كن جليس بيتك **قوله** ما ذكرناه اراد به قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل **قوله** يوم الجمل وقعة عائشة رضى الله عنها مع على رضى الله عنه بالبصرة سميت بذلك لانها كانت على جمل اسمه عسكر **قوله** وان شاء حبسه لما ذكرنا يريد قوله ولا يقتل اسير **قوله** ولان للامام ان يفعل ذلك فى مال العادل * واصل هذا حديث صفوان فانه عليه السلام اخذ منه دروعا حالة المحاربة بغير رضاه فقال اغصبا يامحمد فقال لا بل عارية موداة **قوله** واما عدم القسمة فلما بيناه انهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال * * * **قوله**

قال

(قال وما جباه اهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا) لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم (فان كانوا صرفوه فى حقه اجزئ من اخذ منه) لوصول الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه فى حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه * قال العبد الضعيف رضى الله عنه قالوا لا اعادة عليهم فى الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفى العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه فى الزكوة وفى المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغى ثم ظهر عليهم فليس عليهم شئ) لانه لاولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل فى دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفى ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغى وقال كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم انى على الباطل لم يرثه) وهذا عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لايرث الباغى فى الوجهين وهو قول الشافعى رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغى او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغى اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم * وقال الشافعى رحمه الله فى القديم انه يجب * وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا اومالا * له انه اتلف مالا معصوما اوقتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة * ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم رواه الزهرى رحمه الله ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع كما فى منعة اهل الحرب وتأويلهم * وهذا لان الاحكام لابد فيها من الالتزام او الالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لامنعة فى حق الشارع * اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغى بحق فلا يمنع الارث * ولابى يوسف رحمه الله فى قتل الباغى العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر فى حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا فى حق الارث * ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان * * * * * * * * * * قال

قـــوله كالقتل فى دار الحرب وهو انه اذا قتل مسلما فى دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شئ فكذلك ههنا * والجامع انقطاع ولاية الامام فى حالة الجناية قـــوله رواه الزهرى رحمه الله قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع لان التأويل الفاسد تنزل منزلة الصحيح فى حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل اهل الحرب فانهم لايضمنون ما اتلفوا علينا لهذا المعنى * وذلك لان اهل البغى يستحلون الدماء بتاويل ان ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصح الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالالتزام او بالالزام ولا التزام لانه باعتقاد حرمة الاتلاف وهم يعتقدون حله حيث يقولون عصى الله ولم يعمل بموجب الكتاب قـــوله الا ان من شرطه اى من شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل انتفى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم عن الميراث قوله

(قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفى عساكرهم) لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة فى الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لابيع مالا يقاتل به الابصنعة الاترى انه يكره بيع المعازف ولايكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * *

كتاب اللقيط

اللقيط سمى به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب * * * * * * * * * * * * ** * * * * * * قال

قــــوله لانه اعانة على المعصية وهى حرام لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الاثم والعدوان قــــوله من اهل الكوفة والحكم فى غير الكوفة ايضا كذلك الا ان تقييد الكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا قــــوله مالايقاتل به الابصنعة كالحديد قــــوله وعلى هذا الخمر مع العنب يعنى لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمرا اذ العنب ليس بآلة المعصية وانما تصير بعد صيرورته خمرا اما السلاح فانه آلة الفتنة فى الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة والله تعالى اعلم بالصواب * *

كتاب ــــ اللقيط

* هو فى اللغة ما يلقط اى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبى *
* المنبوذ لانه على عرض ان يلقط وهو من باب وصف الشىء بالصفة المشارفة مثل من *
* قتل قتيلا فله سلبه * وفى الشريعة اسم لمولود طرحه اهله خوفا من العيلة اوفرارا من *
* تهمة الزينة * مضيعه آثم ومحرزه غانم لما فى احرازه من احياء النفس فانه *
* على شرف الهلاك واحياء الحى بدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى *
* ومن احياها فكانما احيى الناس جميعا ولهذا كان رفعه افضل *
* من تركه لما فى تركه من ترك الترحم على الصغار *
* قال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا *
* ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفى رفعه *
* اظهار الشفقة على الاطفال *
* وهو من افضل الاعمال *
* فلهذا ندب التقاط *
* اللقيط ووجب ان *
* غلب على ظنه *
* ضياعه *

قــــوله

قال

(قال اللقيط حر) لان الاصل فى بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونفقته فى بيت المال) هو المروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذى لامال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع فى الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضى به ليكون دينا عليه لعموم الولاية (قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لايقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط * وجه الاستحسان انه اقرار للصبى بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه *ثم قيل يصح فى حقه دون ابطال يد الملتقط * وقيل يبتنى عليه بطلان يده * ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا * والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف فى الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة فى جسده فهو اولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه (وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما) لاستوائهما فى السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه فى زمان لامنازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد فى مصر من امصار المسلمين او فى قرية من قراهم فادعى ذمى انه ابنه ثبت نسبه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون مايضره * وان وجد

قــــوله ولان الحكم للغالب اى يكون حرا باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يسكن فى دار الاسلام الاحرار قــــوله والخراج بالضمان الخراج ما يخرج من غلة الارض اوالغلام ومنه الخراج بالضمان اى الغلة بسبب ان ضمنه والمراد هنا ان ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنته قــــوله ولهذا اى ولان بيت المال ضمن مؤنته كانت جنايته فى بيت المال فتكون نفقته فيه قــــوله الا ان يأمره القاضى به ليكون دينا عليه لعموم الولاية فحينئذ يرجع لان للقاضى ولاية عامة فصار امر القاضى كامره بنفسه لوكان من اهل الامر هذا اذا امره بالانفاق ليرجع عليه بان يقول انفق عليه على ان يكون ذلك دينا عليه فان امره بالانفاق عليه فقط قيل يرجع لما بينا والاصح ان لايرجع لان مطلقه يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشك قــــوله والاصح انه على القياس والاستحسان الا ان هذا قياس آخر سوى الاول * وجه القياس انه مناقض فى كلامه لانه زعم انه لقيط فى يده وابنه لا يكـون لقيطا فى يده * ووجه الاستحسان انه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية والتناقض لايمنع دعوى النسب كما اذا اكذب الملاعن نفسه وهذا لان سببه خفى فربما يشتبه عليه الامر فى الابتداء فيظن انه لقيط ثم يظهر له انه ولده * وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة فى جسده فهو اولى به اذ العلامة اصل فى الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الآية * وكذا لو سبقت دعوة احدهما الا اذا اقام الآخر البينة لترجح دعواه بالبينة قــــوله فى السبب وهو الدعوة قــــوله واذا وجد فى مصر من امصار المسلمين الى قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته لكان تبعا له فى الدين فكان حكما بابطال اسلامه قــــوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون مايضره وليس من ضرورة رد قوله فى احد الحكمين رده فى الآخر لان النسب ينفك عن الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم * * * * * * * * * * * قــــوله

(وان وجد فى قرية من قرى اهل الذمة اوفى بيعة او كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما فى هذا المكان اوذميا فى مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففى رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفى كتاب الدعوى فى بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى مع الصغير احدهما يعتبر كافرا * وفى بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابنه يثبت نسبه منه) لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر فى دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمى) ترجيحا لما هو الا نظر فى حقه (وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهوله) اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا * ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضى لانه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضى لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لابد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولايجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة (قال ولا تصرفه فى مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة و الموجود فى كل واحد منهما احدهما (قال ويجوز ان يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها (قال ويسلمه فى صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله (قال ويواجره) قال العبد الضعيف وهذا رواية القدورى رحمه الله فى مختصره وفى الجامع الصغير لايجوز ان يواجره ذكره فى الكراهية وهو الاصح * وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه * ووجه الثانى انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره فى الكراهية ان شاء الله تعالى * * كتاب

قوله وفى بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير اى ايهما كان موجبا لاسلامه يعتبر ذلك لان الاسلام يعلو ولا يعلى كالمولود بين كافر ومسلم وفى رواية يعتبر زيه وعلامته كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزى والعلامة للفصل **قوله** الا ان يقيم البينة انه عبده * فان قيل كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولى له فلا يكون خصما عنه فيما يضره * قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه لانه لقيط ولا يتوصل المدعى الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما عنه **قوله** فهو له اعتبارا للظاهر * فان قيل الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق فلوثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق وليس له ذلك *قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر ان يكون الاملاك فى يد الملاك وكذا الظاهر يدل على ان من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه وكذا اذا كان مشدودا اى اذا كان المال مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا وهوقوله اعتبارا للظاهر وكذا تكون الدابة له **قوله** ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية * فان قيل قد احياه بالالتقاط والتربية فوجب ان تثبت له الولاية كالمعتق تثبت له الولاء بالاعتاق الذى هو احياء حكما* قلنا الرقيق فى صفة المالية هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقيط كان حيا حقيقة ومن اهل الملك حكما فالملتقط لا يكون محييا له لا حقيقة ولاحكما **قوله** بخلاف الام لانها تملكه اى تملك الام اتلاف منافعه بلا عوض بالاستخدام فبعوض الاجارة اولى * وانما صح تسليمه فى حرفة لانه نافع له مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشتغل بالفساد والله تعالى اعلم * * * * * * * كتاب

كتاب



كتاب اللقطة

(قال اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة فى حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية * ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ * وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه فى الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس (قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف وهذه رواية عن ابى حنيفة رحمه الله * وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الملتقط * وقدره محمد رحمه الله تعالى فى الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير * وهو قول مالك والشافعى رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل * وجه الاول ان التقدير بالحول ورد فى لقطة كانت مائة دينار تساوى الف درهم والعشرة وما فوقها فى معنى الالف فى تعلق القطع به فى السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست فى معناها فى حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس فى معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأى المبتلى به * وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به * وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به * وينبغى ان يعرفها فى الموضع الذى اصابها وفى المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها * كالنواة

كتاب اللقطة

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بها لانها تلتقط غالبا اى تؤخذ وترفع * وذكر فى المبسوط اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتقشفة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا فكما لا يحل له تناول مال الغير بغير اذنه لا يحل له اثبات اليد عليه بغير اذنه وبعض المتقدمين من ائمة التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها والترك افضل له لان صاحبها انما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها فى ذلك الموضع * والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء رحمهم الله ان رفعها افضل من تركها لانه لو تركها لا نأمن ان تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها واذا اخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولانه يلتزم الامانة فى رفعها والتزام اداء الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يثاب على اداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الامر قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وامتثال الامر سبب لنيل الثواب **قوله** وقال ابو يوسف رحمه الله القول قوله اى مع يمينه * وذكر فى فتاوى قاضيخان رحمه الله هذا الاختلاف فى الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهد عند الرفع اوخاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذ منه الظالم فبترك الاشهاد لا يكون ضامنا وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمنه لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه **قوله** واحدة كانت اللقطة او اكثر * * * * * * * يعنى

كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لايصح (قال وان جاء صاحبها والاتصدق بها) ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها (قال فان جاء صاحبها) يعنى بعد ما تصدق بها (فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها) لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولى لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الاانه باباحة من جهة الشرع وهذا لاينافى الضمان حقا للعبد كما فى تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك فى يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله (قال ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقرة والبعير) وقال مالك والشافعى رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر فى الصحراء فالترك افضل * وعلى هذا الخلاف الفرس * لهما ان الاصل فى اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع من نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك * ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما فى الشاة * * * فان

يعنى سواء كانت اللقطة من جنس واحد اومن اجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل **قوله** كالنواة وقشور الرمان اى فى مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فلا بأس بالانتفاع بها ولكنه مبقى على ملك مالكه حتى كان له ان يأخذه من يد الملتقط وان وجده مجتمعا لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما القاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه * وذكر شيخ الاسلام رحمه الله فى شرح كتاب الذبائح انه ليس للمالك ان يأخذها من يده بعد ما جمعها واخذها ويصير ملكا للآخذ وكذا الجواب فى التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله كذا فى الذخيرة **قوله** والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة على قيام المحل اى قيام المحل الذى تصدق على الفقير حتى لو اجاز بعد ما تلف المال فى يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الفضولى فانه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت الملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصدق لو حصل باذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنهما لايقع الملك للفقير قبل الاجازة كما فى بيع الفضولى فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامرين حظهما فقلنا من حيث ان التصدق حصل باذن الشرع يملكه الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم **قوله** وان شاء ضمن الملتقط * فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع * قلنا الشرع اباح له التصدق وما الزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان حقا لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه فان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله فهو احق به وايهما ضمنه لم يرجع على الآخر بشىء اما المسكين فلانه فى القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره واما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشىء **قوله** واذا كان معها اى مع اللقطة ما يدفع به عن نفسها كالقرن فى حق البقر وزيادة القوة فى حق البعير بعدوه وكدمه ونفحه فيقضى بالكراهة اى بكراهة الاخذ *قوله

(فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك (وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها) لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين (واذا وقع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها) لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها) ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين * قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على قدر مايرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان ادارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة * قال رضى الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء * وان قال لابينة لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا * وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك * وهذه رواية وهو الاصح (قال واذا حضر) يعني المالك (فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حيي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا * ثم لايسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن (قال ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها * ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها * وتأويل ما روى انه لايحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا (واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) * وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل ان يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها * لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا نشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه * * * * * * ولنا

قوله وفي هذا نظر من الجانبين اى من جانب المالك بابقاء عين ماله له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة * قوله وفي الاصل شرط اقامة البينة اى يقيم الملتقط البينة على ان هذه الدابة لقطة عندى قوله وليست البينة تقام للقضاء * جواب لسؤال وهو ان يقال ان البينة لاتقبل من غير خصم حاضر ولاخصم ههنا * قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط قوله وهذه رواية وهو الاصح هذه هي الرواية التي ذكرنا في مسئلة اللقيط من المبسوط بان الاصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون ذلك دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والافلا * وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع * وانما قال لم تبع اللقطة لان القاضي لورأى المصلحة في بيع اللقطة بعد ما انفق الملتقط عليها يوما او يومين فله ذلك ودين الملتقط يؤدى من ثمن اللقطة قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حيي بنفقته قوله ولا تحل لقطتها الا لمنشدها يقال * * * * * * * * * * انشدت

* ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق به الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه و هذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعى الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لايجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة * وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا (ولا يتصدق باللقطة على غنى) لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأته يعنى صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غنى فاشبه الصدقة المفروضة (وان كان الملتقط غنيا لم يجزله ان ينتفع بها) وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجوز لقوله عليه السلام فى حديث ابى رضى الله تعالى عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسر ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه * ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص و الاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فبقى ما وراه على الاصل والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها * * * وانتفاع

انشدت الضالة اى عرفتها ويقال انشدتها اى طلبتها كذا فى الصحاح * ثم معنى الحديث ولاتحل لقطتها اى لقطة مكة الا لمنشدها اى لطالبها وهو المالك عند الشافعى رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعرف ولهذا ذكر فى رواية اخرى ولايلتقط لقطة الا من عرفها* والتخصيص بالحرم لبيان انه لايسقط التعريف فيه باعتبار انها للغرباء ظاهرا فيناول ويقول ان مالكها ذهب ظاهرا فلم نحتج الى التعريف * العفاص الوعاء الذى تكون فيه اللقطة من جلد اوخرقة اوغير ذلك يقال اوكى السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذى يشد به قــــوله ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل انه يجب الضمان فى غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لما ان المدبر غير قابل للنقل ملكا قــــوله بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده اى عند ابيحنيفة رحمه الله * وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء اوبين الورثة لايؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ* والفرق لابى حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان له ان لا يدفع اليه المال لان الكلام فى الدفع اليه بذكر العلامة * واما فى مسئلة الوارث فحق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم وعسى ان لا يكون فلايجوز تأخير حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لا امارة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر عسى ان يكون العلامة واما اذا دفع اللقطة بحكم ان الحاضر اقام البينة على انها له ففى اخذ الكفيل روايتان عن ابى حنيفة رحمه الله والصحيح انه لا يأخذ كفيلا قــــوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فلما لم يكن ظاهر اجاز ان يكون المالك هو الذى حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه * ثم فى الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك فى يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشىء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك فى زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع فى قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم فى تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره و ههنا فى زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمنه كذا فى المبسوط قــــوله حملا له على رفعها اى ليكون حاملا وباعثا على رفعها قــــوله لاطلاق النصوص لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم * * * * قــــوله

وانتفاع

وانتفاع ابى رضى الله تعالى عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا) لما ذكرنا والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل فى حق من يقوى عليه) لما فيه من احيائه * واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق * ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لايقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة * ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال (قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال * ولنا ان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل * * الا

قـــوله وانتفاع ابى كان باذن الامام اى انتفع ابى بها بحكم القرض باذن الامام وله ان يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام على انه يحتمل انه علم فقره وحاجته لديون عليه فاذن له فى الانتفاع بها وخلطها بماله ويحتمل ان ماله دون النصاب ويحتمل ان ذلك المال كان لحربى لا امان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد عرفها ثلث سنين فكان الظاهر انها لوكانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر علم انها كانت لكافر وقد سبقت اليه يده فجعله احق به لهذا * واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا امره بان يعرف قـــوله من تحقيق النظر من الجانبين وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط لما ذكرنا اى من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الاباق

الآبق هو المملوك الذى فر من صاحبه تمردا وعنادا * والضال هو الذى ضل الطريق الى منزله

قـــوله لما فيه من احيائه لان الآبق هالك فى حق المولى فيكون الرد احياء له

قـــوله ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان هذا اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله واما اختيار شمس الائمة الحلوانى رحمه الله ان الرد بالخيار ان شاء حفظ بنفسه وان شاء رفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار

قـــوله

الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين فى مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حاصل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصيل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولاسمع فى الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفى * ويقدر الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما اويفوض الى رأى القاضى * وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذهى اقل مدة السفر (قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الادرهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد رحمة الله تعالى عليه * وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه * ولمحمد رحمة الله تعالى عليه ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شئ * * * * * تحقيقا

قـــوله الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فقال بعضهم دينار او اثنا عشر درهما * وقال على رضى الله تعالى عنه دينار اوعشرة دراهم * وقال عمار رضى الله تعالى عنه ان اخذه فى المصر فله عشرة دراهم وان اخذه خارجا من المصر فله اربعون درهما * وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه حين قدم رجل باباق من القوم فقال القوم لقد اصاب اجرا وجعلا ان شاء من كل رأس اربعين درهما فاخذنا باجماعهم فى ايجاب اصل الجعل وكفى باجماعهم حجة * ورجحنا قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فى مقداره لانه قال فى مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه احد * فان قيل ينبغى ان يؤخذ بالاقل المتيقن لا بالاكثر المشكوك * قلنا انما لم يأخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة السفر ولان نصب المقادير بالرأى لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا السماع فكان كلا منهم روى ماقاله عن النبى عليه السلام والمثبت للزيادة من الاخبار عند التعارض اولى فلهذا اخذنا بالاكثر * واذا اتى رجل بعبد آبق فاخذه السلطان فحبسه فجاء رجل واقام البينة انه عبده فانه يستحلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما اقام البينة فقد اثبت ملكه فيه بالحجة الا انه يحتمل ان يكون باعه او وهبه ولا يعرف الشهود ذلك * فان قيل كيف يستحلفه وليس ههنا خصم يدعى ذلك * قلنا يستحلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن اسباب الخطأ بحسب الامكان او يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترى او موهوب له فاذا حلف دفعه اليه * وفى اخذ الكفيل منه روايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعى بينة ولكن اقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا اما الدفع اليه فلان العبد فى يد نفسه وقد اقرانه مملوكه ولو ادعى انه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا اقر انه مملوك له واما اخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضى فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضى كذا فى المبسوط واذا كان الآبق بين رجلين فالجعل عليهما على قدر انصبائهما فان كان احد المولبين حاضرا والآخر غائبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطيه الجعل كله واذا اعطاه لم يكن متبرعا * واذا قال الرجل لغيره ان عبدى قد ابق فان وجدته فخذه فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجده على مسيرة ثلثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه فى رد الآبق وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا قـــوله ولهذا الا يجوز الصلح على الزيادة اى لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على اربعين * * * * لانه

تحقيقا للفائدة واما ام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب (قال وان ابق من الذي رده فلا شئ عليه) لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضى الله تعالى عنه * * * * وذكر

لانه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعا ولا كذلك الصلح على الاقل لان له ان لا يأخذ شيئا اصلا فله ان يحط * والجواب لمحمد رحمه الله ان المطلق قد يتقيد بدلالة الفرض كالاذان فانه شرع جهرا مع ان الاصل في الاذكار الاخفاء فيتقيد النص بما اذا كانت قيمته اكثر من اربعين **قوله** تحقيقا للفائدة والجواب عنه ان الفائدة تحصل بالاكتساب لان كسبه يزيد على قيمته ظاهرا ولهذا قلنا بوجوب الجعل في ام الولد **قوله** وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن * فان قيل الجعل يجب باحياء المالية ولا مالية لام الولد خصوصا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه * قلنا المالك احق بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقد احياه الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل ان يصلا اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر في ام الولد وكذا في المدبر اذا خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر مديون وعنده يصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب لانه احق بكسبه فلا يكون راده محييا لماليته باعتبار الرقبة والكسب **قوله** ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله **قوله** وهو راجع الى احدهما ايهما كان لانه ذكر بكلمة او والجملة في ذلك ان الراد اذا كان في عيال مالك العبد اى في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان ذلك الراد ابا للمالك او ابنا له واما اذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له ايضا وان كان اباه فله الجعل * وذكر في المبسوط جواب القياس بان الراد الذي هو ذو رحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد ابيه وهو في عياله اوليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الاب عبد ابنه فان كان في عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الاب في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب **قوله** يتبرعون بالرد عادة * فان قيل طلبهم الجعل دليل على انهم لم يتبرعوا * قلنا من الجائز انهم تبرعوا في الرد ثم ندموا لبعض الاسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال **قوله** فلا يتناولهم اطلاق الكتاب يعني قوله ومن رد الآبق على مولاه **قوله** هذا اذا اشهد. وان ادعى انه اخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة هذا اذا علم انه كان آبقا وان انكر المولى ان يكون العبد آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو ادعى الاذن من المالك في اخذه وانكره المالك وعلى هذا لو رده فانكر المولى ان يكون عبده آبقا فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه آبق من مولاه وان مولاه اقر باباقه فحينئذ يجب له الجعل كذا في المبسوط

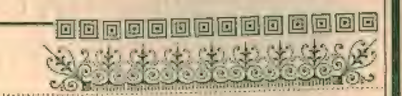
قوله

* وذكر فى بعض النسخ انه لاشئ له وهو صحيح ايضا لانه فى معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات فى يده لاشئ عليه لما قلنا (قال ولو اعتقه المولى كمالقيه صار قابضا بالاعتاق) كما فى العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلايدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز (قال وينبغى اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى لورده من لم يشهد وقت الاخذ لاجعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ اواتهبه اوورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع فى اداء الثمن (فان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه احيى ماليته بالرد وهى حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد فى حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لايبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقى على الراهن لانه حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقى للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبى فالجعل فى ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له * * * * * * * * * * * * * * لانه

قــــوله فى بعض النسخ اى فى نسخ المختصر للقدورى رحمه الله تعالى ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بخلاف ما اذا دبره وكذا اذا باعه من الراد اى يصير قابضا ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير قابضا قبل الوصول الى يده قــــوله والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه * جواب لسؤال يرد بناء على قوله لانه فى معنى البائع من المالك فكان ينبغى ان لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز * فان قيل الشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمات * قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها * وهذا لانه لو شرط رضى المالك تنصيصا لتحققت الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضاء تتحقق شبهة الشبهة قــــوله لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه لان الاصل ان يكون الانسان عاملا لنفسه قــــوله لانه رده لنفسه لانه بالاخذ على هذا صار ضامنا ولما رده كان رده لاسقاط الضمان عن ذمته فكان رادا لنفسه * والمراد من الشراء صورته والا فهذا التصرف لا يكون شراء حقيقة لعدم الملك فكذلك الاتهاب والارث قــــوله فصار كثمن الدواء يعنى مداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض * والفداء من الجناية ينقسم على الامانة والمضمون فكذا هذا قــــوله وان كان مديونا اى العبد الآبق اذا كان مديونا بان كان مأذونا فلحقه فى التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه قــــوله فعلى الموهوب له وان رجع الواهب اى يجب الجعل على الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد * وانما ذكر هذا الدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله فيجب على * من

لانه

لانه هو الذى يتولى الرد فيه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * *



كتاب المفقود

(اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولايعلم احى هوام ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) لان القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة صار كالصبى والمجنون وفى نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له * وقوله يستوفى حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذى اقربه غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم فى دين وجب بعقده لانه اصيل فى حقوقه ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود ولافى نصيب له فى عقار اوعروض فى يد رجل لانه ليس بمالك ولانائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لايملك الخصومة بلاخلاف * * * * انما

من يستقر الملك له * وقوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغى ان يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين فى حقه * فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ماحصلت بالرد اى برد الآبق بل بترك الموهب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع فى هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك * فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف * قلنا نعم ولكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما فى القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هنا **قوله** لانه هو الذى يتولى الرد وكذلك ان كان اليتيم فى حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذى يطلبه عادة * وكذلك لاجعل للسلطان اذا رد آبقا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * * * * *



كتاب المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته **قوله** والمفقود بهذه الصفة اى عاجز عن اقامة مصالحه **قوله** وجب بعقده اى بعقد القائم مقام المفقود **قوله** ولافى نصيب له فى عقار اوعروض بان كان الشئ مشتركا بين المفقود وغيره لايكون منصوب القاضى خصما فيه لمن يجحده * * * * * * * * * **قوله**

انما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لايجوز الااذارآه القاضى وقضى به لانه مجتهد فيه (ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولايبيع مالايخاف عليه الفساد فى نفقة ولاغيرها) لانه لاولاية له على الغائب الافى حفظ ما له فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن (قال وينفق على زوجته واولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد * والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فى غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ والاخت والخال والخالة * وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب * وهذا اذا كانت فى يد القاضى * فان كانت وديعة اودينا ينفق عليهم منهما معناه اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب * وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلاحاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا * * * * هو

قــــوله انما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما لاوالوكيل بالقبض من جانب القاضى لايملك الخصومة اتفاقا واذا كان كذلك يتضمن الحكم به اى بثبوت ما ادعاه من مخاصمة من يحفظ ماله باى جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضى ان يقضى على الغائب وللغائب الا اذا كان عنه خصم حاضر عندنا * وكذا لا ينبغى للقاضى ان ينصب وكيلا عن الغائب وللغائب ولكن لوفعل ذلك ينفذ قضاؤه قــــوله الا اذا رآه القاضى اى لوكان القاضى ولاه ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لانه يصير قضاؤه فى فصل مجتهد فيه فينفذ * فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغى ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضى محدودا فى قذف * قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل يكون حجة بلاخصم حاضر ام لا فاذا رآه القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود فى القذف قــــوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها قــــوله ومعناه اى ماليته فتحصل ماليته فى ثمنه فلذلك يأمر بحفظ ثمنه قــــوله وهوممكن اى حفظ الصورة ممكن قــــوله فمن الاول وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء قــــوله ومن الثانى وهم الذى لا يستحقون النفقة بغير قضاء الاخ والاخت والخال فانه لاتجب نفقة هؤلاء الابقضاء اورضاء لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخذ من غير قضا او رضاء قــــوله فان كانا ظاهرين اى الدين والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحدا والنسب والنكاح واحدا فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية * * * * * * * * * قوله

هو

هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي عنه نائب وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا اوكانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان مايدعيه على الغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود (قال ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن في المدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين * ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت اوطلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لاتوجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله تعالى عنه رجع الى قول علي رضي الله تعالى عنه ولامعتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغربة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة (قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضي الله تعالى عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران * وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة * وقدره بعضهم بتسعين *والاقيس ان لايقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة * ولا

قوله هو الصحيح ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانا مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهنا شرطا الاقرار بما ليس بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية فان تأويل ماذكر في كتاب النكاح انه لم يكن شيء منهما ظاهرا عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة الى هذا التأويل ونفي اختلاف الروايتين لان للقاضي ولاية القضاء بعلمه كما اذا اقر بين يديه ثم غاب **قوله** اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء لشبهه به لان حقها في الجماع يفوت بصنعه وهو السفر كما يفوت ثمه بصنعه وهو الايلاء والسنة من العنة اذ حقها في الجماع فات بسبب هو معذور فيه وهو الغيبة لانها مباح كما فات حقها ثمه بالعنة وهو معذور فيه **قوله** خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع يعني قول علي رضي الله عنه حتى يستبين موت اوطلاق خرج بيانا للبيان المذكور في الحديث المرفوع ان المراد من ذلك البيان ظهور موت المفقود او طلاقه **قوله** يقدر بموت الاقران لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت كل اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر ويعتبر موت اقرانه في بلده لان التفحص عن حال الاقران في كل البلدان متعذر **قوله** والاقيس ان لايقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه والاصوب الارفق ان يقدر بتسعين لانه هو الغاية في زماننا والحيوة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر * * * * * * * * * * * * * * **قوله**

(ولا يرث المفقود احدا مات فى حال فقده) لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لايصلح حجة فى الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصى * ثم الاصل انه لوكان مع المفقود وارث لايحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقى وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبى الا اذا ظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولوكان معه وارث آخر ان كان لايسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لايعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما فى المفقود

قوله ولا يرث المفقود احدا مات فى حال فقده وحاصله انه حى فى حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لوعاينا حيوته ميت فى حق غيره حتى لايرث احدا لان حيوته يثبت بالاستصحاب فانا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ماكان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا وفى الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا ولان حيوته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله * ومعنى قولنا لايرث المفقود احدا ان نصيب المفقود من الميراث لايصير ملكا للمفقود اما نصيب المفقود من الارث فيوقف لان حيوة المفقود محتملة والمحتمل يكفى للتوقف كما فى الجنين فان ظهر حيا علم انه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا قوله والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا على فقد الابن اى تصادق الورثة المذكورون والاجنبى * وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبى الذى فى يده المال قد مات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد اقر بان ثلثى ما فى يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لايدعون لانفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من فى يده المال اما لو جحد ان يكون للميت مال فى يده فاقامت الابنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما فى هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقى على يدى عدل لان الذى فى يديه جحد فهو غير موتمن عليه هذا اذا كان المال فى يد اجنبى واما لوكان فى يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضى لاينبغى له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الثانى للمفقود من وجه * ويريد بقوله ولايقف منه شيئا للمفقود اى لايجعل مما فى يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لوكان المال فى يد ولدى الابن المفقود من غير ان يقضى به لهما ولا لابنيهما لانه لايدرى من المستحق لهذا الباقى كذا فى النهاية وفى آخره كذا فى المبسوط والذخيرة قوله ولو كان معه وارث اى اى مع الحمل وارث قوله ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه حتى * * * * * * * اذا

فی المفقود وقد شرحناه فی کفاية المنتهی باتم من هذا والله تعالی اعلم بالصواب

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لان النبی صلی الله علیه وسلم بعث والناس یتعاملون بها فقررهم علیه (قال الشرکة ضربان شرکة املاك وشرکة عقود فشرکة الاملاك العین یرثها رجلان ویشتریانها فلا یجوز لاحدهما ان یتصرف فی نصیب الاخر الا باذنه وکل واحد منهما فی نصیب صاحبه کالاجنبی) وهذه الشرکة تتحقق فی غیر المذکور فی الکتاب کما اذا اتهب رجلان عینا او ملکاها بالاستیلاء او اختلط مالهما من غیر صنع احدهما او بخلطهما خلطا یمنع التمیز رأسا او الا بحرج ویجوز بیع احدهما نصیبه من شریکه فی جمیع الصور ومن غیر شریکه بغیر اذنه الا فی صورة الخلط والاختلاط فانه لایجوز الا باذنه * وقد

اذا ترك امرأة حاملا وجدة فللجدة السدس لانه لا تتغیر فریضتها وان کان ممن یسقط بالحمل لایعطی وذلك کابن الابن او الاخ او العم حتی انه لو ترك امرأة حاملا واخا اوعما لا یعطی الاخ والعم شیئا لان من الجائز ان یکون الحمل ابنا فیسقط معه الاخ والعم وان کان ممن یتغیر به یعطی الاقل للتیقن به کالزوجة والام فانه ان کان الحمل حیا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم یکن حیا فهما ترثان الربع والثلث فتعطیان الثمن والسدس للتیقن کما فی المفقود وهو انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس کما ذکرنا فی الحمل لانه لایتغیر نصیبها وکذلك اذا ترك اخا وابنا مفقودا لا یعطی للاخ شیء وکذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان کان المفقود حیا تستحق الام السدس وان کان میتا تستحق الثلث کما فی الحمل والله اعلم بالصواب

كتاب الشركة

هی عبارة عن اختلاط النصیبین فصاعدا بحیث لا یعرف احد النصیبین من الاخر ثم یطلق اسم الشرکة علی العقد وان لم یوجد اختلاط النصیبین لان العقد سبب الاختلاط * وشرعیتها بالسنة فانه علیه الصلوة والسلام بعث والناس یباشرونها فقررهم علیه واجماع الامة والمعقول فهی طریق ابتغاء الفضل وهو مشروع بالکتاب **قوله** خلطا یمنع التمیز رأسا کخلط البر بالبر او الا بحرج کخلط الحنطة بالشعیر

قوله

وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى (والضرب الثانى شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هى اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهى ان يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) لانها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذهى من المساواة قال قائلهم * لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم ساووا * اى متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فى المال * * والمراد

قـــوله وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى والفرق وهو ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه فاعتبر نصيب كل زائلا الى الشريك فى حق البيع من الاجنبى غير زائل فى حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبى بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الاجنبى وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجرى مجراه لانه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه فكان ملك كل واحد منهما قائما فى نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبى كذا فى مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى * ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشتريا حنطة او ورثاها كان كل حبة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع احدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان بيعه من صاحبه او من الاجنبى اما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط او الاختلاط فكل حبة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة بجميع اجزائها تكون لاحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع فى هذه الصورة من الاجنبى لانه لايقدر على تسليم نصيبه منها لا جزأ ولا كلا لما ان كل حبة ليست بمشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبى الى اذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره اما اذا كان بيعه من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز الى هذا اشار فى الفوائد الظهيرية فى كتاب القضاء **قـــوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة لان كل واحد من الشريكين يكون وكيلا من الاخر فى نصيب ما يشتريه ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لايقبل الوكالة كالاصطياد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولايقع مشتركا فلا يتحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة فى المال فلهذا لم تصح الشركة فيه **قـــوله** لايصلح الناس فوضى البيت اى لايصلح امور الناس حال كونهم متساويين اذا لم يكن لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين تتحقق المنازعة بينهم لانه اذا لم يكن فيهم امير مطاع فى امره ونهيه كان كل واحد منهم مستقلا برأيه فتتحقق المنازعة ولا سادة اذا ساد الجهال **قـــوله** فلابد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا فى الانتهاء * والمراد

والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لاتصح الشركة فيه وكذا فى التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لايملكه الاخر لفات التساوى وكذلك فى الدين لما نبين ان شاء الله تعالى * وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا تجوز وهو قول الشافعى رحمه الله * وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة * وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد * وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما فى المضاربة (ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع مايقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى (قال وتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين اوذميين) لتحقق التساوى (وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولاتجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبى والبالغ) لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لايملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبى لايملك الكفالة ولايملك التصرف الا باذن الولى * قال

قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه اى ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير ولايعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه اى ما لايصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون **قوله** وقال مالك رحمه الله لااعرف ماالمفاوضة وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لاتصديق بلا تصور **قوله** وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد كما اذا قال وكلتك بشراء شئ وكما لوقال كفلت عنك ما بايعت الناس او غصبت من الناس فعند الانضمام اولى * فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع ما شئت يجوز له ان يتصرف فى ماله * قلنا العموم ليس بمراد ههنا فانه لاتثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما يكون توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز **قوله** وبه يترك القياس اى بالتعامل يترك القياس كالاستصناع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بلا نكير كالاجماع ويترك القياس بالاجماع **قوله** والجهالة متحملة تبعا اى لغيرها وهى المساواة لان المفاوضة تقتضى المساواة على مامر ولا تثبت المساواة الا بعد ان يصير كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه * وهذا جواب عن وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول * فاجاب ان ما لايثبت مقصودا جاز ان يثبت تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس اذا لم يبينا نوعا ومثل هذا ايضا يوجد فى شركة العنان فان التوكيل بشراء شئ مجهول الجنس لا يصح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك **قوله** لان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة **قوله** والاخر مجوسيا * فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسى يتصرف فى الموقوذة والكتابى لا والكتابى يوجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا * قلنا ان من يجعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم لايفصل بين الكتابى والمجوسى فتحققت المساواة * والجواب عن الثانى انه لو آجر الكتابى نفسه يجوز ويطالب به المجوسى وان لم يقدر على ايفائه بنفسه لانه يقدر على الايفاء بالغير وهو المعين اوالاجير وكذا لو آجر المجوسى يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا عقدا عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا بما على الاخر وان لم يقدر بنفسه **قوله** لما قلنا اى لتحقق التساوى **قوله** الا باذن المولى * فان قيل لما اذن له المولى فى الكفالة يثبت التساوى بينه وبين الحر * قلنا لايثبت لانه لاتصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لايجوز * كفالته

(قال ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى *وقال ابويوسف رحمه الله يجوز للتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة ويتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية الا انه يكره لان الذمى لا يهتدى الى الجائز من العقود *ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذمى لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح (ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لا نعدام صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرائطها ولا يشترط ذلك فى العنان كان عنانا لا ستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما (قال وتنعقد على الوكالة والكفالة) اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على ما بيناه * واما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا (قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام) لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه فى الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا (وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشترى بحصته بما ادى) لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما (قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة * * * * * * * * * * * * * * * * فمما

كفالته بعد ما كفل بمقدار قيمته كذا ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله **قوله** الا انه يكره لان الذمى لا يهتدى الى الجائز من العقود اى يكره مشاركة المسلم الذمى لان الذمى لا يتوقى العقود الفاسدة فربما يصير سببا لوقوع المسلم فى المحرم * والجواب عن قول ابيبوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى ان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه بين الحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف كذا فى المبسوط **قوله** ولا يشترط ذلك فى العنان من صورة المسئلة اذ هو اى العنان * وفى المبسوط ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا بخلاف المفاوضة فانها عامة لا غير *وفى الايضاح وكل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة وذلك ليس بشرط فى العنان كانت الشركة شركة عنان لان شركة المفاوضة اعم اى فى الشروط من شركة العنان فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا بطل معنى العموم بقى معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظة المفاوضة كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم **قوله** لما بينا ان مقتضى العقد المساواة الى آخره **قوله** وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء اى ولبائع الطعام والكسوة ان يأخذ بثمن الطعام والكسوة اى الشريكين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشترى باشر بسبب الالتزام والآخر كفيل عنه بما لزمه بالشرى بسبب شركة المفاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجودا بسبب على حدة فيطالبه لذلك * * * * * * * * * * * * * * * * * * ولان

فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة (قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبى لزم صاحبه) عند ابيحنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس * ولابى حنيفة رحمه الله انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة فتصح وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكراه وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابيحنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المعاوضة * ومطلق الجواب فى الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه لانه معاوضة انتهاء * * * قال

ولان فى عدم وقرع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة فى ان لا يقع عقد احد الشريكين متضمنا للكفالة فتثبت الكفالة فاذا اداه احدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشترى بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشترى خاصة وقد قضى من مال الشركة **قوله** فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ولافرق بين ان يكون الاستيجار واقعا على الشركة او لحاجة المستأجر خاصة ذكر فى المبسوط وصورة الاستيجار هى ان يستأجر احد المتفاوضين اجيرا فى تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللمواجر ان يأخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه او استأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللمواجر ان يأخذ ايهما شاء ان شاء اخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء اخذ شريكه لكفالته عنه **قوله** والخلع صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فمالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها **قوله** وصار كالاقراض والكفالة فى المبسوط فى اول باب بضاعة المفاوض واذا اقرض احد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما اقرض لشريكه لانه متعد فى نصيب شريكه بتصرفه فى المال على غير ما هو مقتضى الشركة **قوله** لم تصح ممن ذكراه اى من الصبى والعبد الماذون والمكاتب **قوله** واما الاقراض فعن ابى حنيفة رحمه الله ذكر فى المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابى حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع **قوله** ولو سلم فهو اعارة اى ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه * قلنا انما لا يلزمه لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسيئة فى الاموال الربوية فعلم بهذا ان لما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما فى الاعارة الحقيقية **قوله** حتى لا يصح فيه الاجل اى لا يلزم فى الاقراض الاجل **قوله** ومطلق الجواب فى الكتاب وهو قوله ولو كفل احدهما بمال عن اجنبى لزم صاحبه عند ابى حنيفة رحمه الله محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابى حنيفة رحمه الله ومحمد مع ابى حنيفة رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك ومع ابى يوسف رحمه الله فى الكفالة * لابى يوسف رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك ان هذا الضمان واجب بسبب ليس

* * * * * * * * هو

(قال وان ورث احدهما ما لا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هى شرط فيه ابتداء وبقاء * وهذا لان الاخر لايشاركه فيما اصابه لانعدام السبب فى حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لاتصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه والله اعلم

* * فصل * *

(ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع * ولنا انه يؤدى الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لانه ثمن مايشتريه فى ذمته اذهى لاتتعين فكان ربح ماضمن ولان اول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكا فى ثمنه لاتجوز وشراء احدهما شيئا بما له على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها * قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لاتتعين بالتعيين ولايجوز بيع اثنين بواحد * * باعيانهما

هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك وانه لا يحتمل الشركة * وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به فى الحال وكذلك يصح اقرار الصبى المأذون والمكاتب به * وهذا لانه بدل مال محتمل للشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكى المفاوضة ملتزما له فيجب عليه **قوله** وان ورث احدهما مالا الى قوله ووصل الى يده اعلم انه اذا وصل الى يد احد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدراهم والدنانير بالارث او الهبة او الصدقة تبطل المفاوضة وتصير عنانا لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمفاوضة ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ الآخر لايشاركه فيما اصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة اوبما يشبهها بثبوت الوكالة فى ذلك وهذه الاسباب ليست بتجارة وانما تبطل المفاوضة اذا قبض الدراهم او الدنانير فان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لايصلح رأس مال المفاوضة فاذا قبض الآن ازداد مال احدهما من جنس رأس مال المفاوضة فتبطل المفاوضة بهذا * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وبهذا وضح ان قوله فى الهداية ووصل الى يده يرجع الى الهبة والارث والله تعالى اعلم بالصواب

* * فصل * *

قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة * فان قيل ان اراد ان شركة المفاوضة لاتصح الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير مفاوضة وعنانا ولا مال فيهما * فقد ذكر فى المبسوط ان شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما يكون مفاوضة وعنانا واشار الى ذلك فى الكتاب ايضا وان اراد مطلق الشركة فينتقض بهما ايضا * قلنا اريد بالشركة شركة المفاوضة اذ الكلام فيها والمعنى ان شركة المفاوضة اذا كانت فى المال يجب ان يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة لان المفاوضة لاتكون الا فى هذا المال **قوله** بخلاف المضاربة لانها جوزت بخلاف القياس * لما

باعيانهما على ما عرف اما عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى لاتجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة * ويروى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى * والاول اقيس واظهر * وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها (قال ولا تجوز الشركة بماسوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما) هكذا ذكر في الكتاب * وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب اوفضة * ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات * وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لاتتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما * وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لاتصرف الى شئ آخر ظاهرا الا ان يجرى التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال*ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لاشركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد * وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابويوسف رحمه الله لانه تعين بالتعيين بعد الخلط كما تتعين قبله * ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه تتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والثمن فخلطا لاتنعقد الشركة بها بالاتفاق * * * والفرق

لما فيها من ربح ما لم يضمن لان مال المضاربة غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نهى النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقتصر على مورد الشرع وهو عقد المضاربة **قوله** باعيانهما انما قيد بها لتظهر ثمرة الاختلاف لانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد * وعند محمد رحمه الله لهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز * وعند محمد رحمه الله لا يجوز **قوله** ويصير سلعة يعنى الشركة لدوامها حكم الابتداء ولو كانت سلعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء **قوله** والاول اقيس اى كون ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ولايصلح العروض لرأس مال الشركة **قوله** فيهما اى في الشركة والمضاربة **قوله** الا ان الاول اصح وهو رواية الجامع الصغير ولايكون المفاوضة بمثاقيل ذهب اوفضة **قوله** لان عند ذلك لايصرف الى شئ آخر ظاهرا اى عند الضرب لايصرف الى شئ آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرا **قوله** الا ان يجرى التعامل هذا استثناء عن قوله الا ان الاول اصح يعنى ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها قالوا المعتبر فيه التعارف ففي كل بلدة جرى فيه التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لايتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا منزلة الضرب المخصوص وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالعروض يتعين في العقود ولاتصح الشركة به قوله بالاضافة الى الحالين

* والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما فى العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء (قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) قال رضى الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لاتصح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة (قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهى ان يشترك اثنان فى نوع بز اوطعام اويشترك فى عموم التجارات ولايذكر ان الكفالة وانعقاده على الوكالة) لتحقق مقصوده كما بينا ولاتنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض

يعنى جعل المكيل والموزون فى حكم الاثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله قــــوله والفـرق لمحمد رحمه الله تعالى ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعروض قــــوله فحكم الخلط ما بيناه فى كتاب القضاء اى قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط فى كتاب الوديعة فى الهداية قــــوله واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وانما يبايعان على هذا الوجه احترازا عن الفساد الذى ذكر فى عقد الشركة بالعروض وهو اداؤه الى ربح ما لم يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه فى العروض غير مضمون وما استحقه احدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح مالم يضمن على ما ذكر فلا يجوزواما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز * وذكر فى الذخيرة ثم الحيلة فى تجويز الشركة بمايتعين فى العقود ان يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقد ان بعد ذلك عقد الشركة ان شآ مفاوضة وان شآ عنانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليها عقد الشركة مفاوضة اوعنانا جاز ويصير العروض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يصلح رأس مال الشركة وان كان ذلك لايجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه * وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله قوله فى الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة فى ذلك الى العقد فقوله ثم عقد الشركة ينافى كونها شركة ملك الا ان يقال اراد به هى شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا الى هذا كلامه * وقوله لان هذا العقد كلا عقد ان اراد به انه لم تثبت هذه الشركة فى هذا المال بالعقد فمسلم وان اراد ان هذا العقد لا اثر له فى المستفاد بعد هذا فممنوع لان هذا العقد يفيد توكيل كل واحد منهما لصاحبه ببيع نصيبه ثم بالشرى بعده بثمنه قــــوله ولوكان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة بيان ذلك هو ان تكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما * * * * * * * * * قــــوله

يقال عن له اى اعترض وهذا لاينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لايثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل فى المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة (ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح) * وقال زفر والشافعى رحمهما الله لايجوز لان التفاضل فيه يؤدى الى ربح مالم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلاضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك فى الاصل * ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل اوالى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لايبطل باشتراط العمل عليهما (قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة فى المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لايقتضيه ولايصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه * * ويجوز

قــــوله يقال عن له اى اعترض * قال ابن السكيت كانه عن لهما شئ فاشتركا فيه اومن عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاصمعى لان كلامنهما جعل عنان التصرف فى بعض المال الى صاحبه اولانه يجوز ان يتفاوتا فى رأس المال والربح كما يتفاوت العنان فى يد الراكب حالة المد والارخاء ويصح التفاضل فى المال للحاجة اليه وهى ما بينه فى التفاضل فى الربح ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح * وذكر فى فتاوى قاضيخان رحمه الله فان شرطا المساواة فى المال واشترطا لاحدهما فضل ربح ان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا اوعمل اوحدهما دون الآخر فان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لايجوز قــــوله اذ الضمان بقدر رأس المال فمتى شرط لاحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة اخذا اياها من غير ضمان وهذا لا يجوز قــــوله الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين * والفرق بين الربح والوضيعة ان الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كما فى المضاربة فبالعمل مع المال اولى اما الوضيعة فهلاك جزء من المال وكل واحد منهما امين فيما فى يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل الاترى انه لايجوز اشتراط الوضيعة على المضارب لما قلنا كذا هنا قــــوله وهذا العقد اى شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك قــــوله ويشبه الشركة اى شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما اظهرنا شبه المضاربة فى حق اباحة زيادة الربح بغير ضمان ليمكننا العمل بالشبهين فانا متى اعتبرناها مضاربة فى اشتراط عملهما وابطلناها لم يتصور استحقاق الربح اصلا بحكم الشركة فيتعذر العمل بالشبهين قــــوله وبشبه الشركة حتى لايبطل باشتراط العمل عليهما وفى المضاربة اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة امانة وتمام الامانة يقف على التخلية بين الامين والوديعة فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخلية واما فى الشركة فكل واحد منهما كالاجير فى مال الآخر فشرط عمل رب المال معنى لايبطل العقد فان من استأجر اجيرا ليعينه على العمل كان جائزا قــــوله للوجه الذى ذكرناه وهو انه يؤدى الى ربح ما لم يضمن * * * * قــــوله

(ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لايجوز وهذا بنا على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى (قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر) لمابينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل فى الحقوق (قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لايعرف ذلك الابقوله فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه (قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة) لان المعقود عليه فى عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما فى الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لايتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانمايتعينان بالقبض على ماعرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذلك اذا هلك احدهما لانه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه فى ماله فاذا فات ذلك راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان هلك فى يد الآخر لانه امانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه يتميز فيجعل الهلاك من المالين (وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا) لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك * ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها (قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الرقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة * * * قال

قـــوله ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم يريد اى شركة كانت مفاوضة اوعنانا **قـــوله** فان كان لايعرف ذلك الا بقوله اى الشراء والنقد بان قال اشتريت عبدا ونقدت الثمن من مالى ومات العبد فهذا مما لايعرف الا بقوله **قـــوله** بخلاف المضاربة والوكالة المفردة فان النقود لاتتعين فيهما بالتعيين وانما تتعين بالقبض * وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة التى فى ضمن عقد الشركة وفى ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما تبطل ببطلان ما يتضمنها من الشركة والرهن **قـــوله** خلافا للحسن بن زياد رحمه الله فانها شركة ملك عنده حتى لاينعقد بيع احدهما الا فى حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالين فان هلك احد المالين ثم اشترى الاخر بماله ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة بان صرحا عند عقد الشركة ان ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرطا لان الشركة ان بطلت بهلاك احد المالين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشترى مشتركا * * * بينهما

(قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لاتجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الابعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال * ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لاتتعينان فلايستفاد الربح برأس المال وانمايستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل (قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لايخرج الاقدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة (قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا * * * * * * * * * * قال

بينهما بحكم الوكالة وكانت شركة ملك حتى لايملك احدهما ان يتصرف في نصيب الآخر ورجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بالوكالة فيها فالمشتري للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فبطل مافي ضمنها اذ لابقاء لما ثبت ضمنا بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لكونها مقصودة فلا تبطل ببطلان الشركة * وذكر في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين يريد به اذا صرحا بالوكالة عند عقد الشركة **قــــوله** وانه بالخلط اذ الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط بالملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة فاذا خلطا المالين على وجه لايمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فتبتني عليه الشركة في الربح فاما قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكا عليه خاصة فلاتثبت الشركة في الربح **قــــوله** وهذا لان المحل هو المال يعني ان محل العقد هو المال الاترى انه يضاف الى المال يقال شركة المال والشيء انما يضاف الى سببه اومحله ولاسببية هنا فيكون محلا والمحل شروط لااسباب **قــــوله** ولهذا يضاف اليه اي يقال عقد شركة المال **قــــوله** وهذا اصل كبير لهما وهو ان الربح فرع المال ويبتنى على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجوه عند الشافعي رحمه الله لعدم المال **قــــوله** ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد يعني ان الاشتراك في الربح بالعقد لابرأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغي ان يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس مال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين ان يكون مثبتا للشركة في الربح **قــــوله** في المستفاد به اي بالتصرف وهو الربح بدونه اي بدون خلط رأس المال **قــــوله** ونظيره في المزارعة وهو ان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فالمزارعة باطلة فكذا ما على الماذيانات والسواقي * قوله

(قال ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها * وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان فى ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله (قال ويوكل من يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله (قال ويده فى المال يد امانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة (قال واما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى المال على اصلهما على ما قررناه * ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا فى النصف اصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد * ولا

قـــوله لانها دون الشركة الاترى انه ليس على المضارب شئ من الوضيعة وان المضاربة لوفسدت لم يكن للمضارب شئ من الربح واما اذافسدت الشركة فالربح فيها على قدررأس المال لهما **قـــوله** لانه تحصيل بدون الضمان فى ذمة الدافع * وفى المبسوط وله ان يدفع من مال الشركة مضاربة لان له ان يستأجر من يتصرف فى مال الشركة باجر مضمون فى الذمة فلان يكون له ان يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير ان يكون ذلك مضمونا فى الذمة اولى لان هذا انفع لهما **قـــوله** لان الشئ لا يستتبع مثله * فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن ويجوز اقتداء المفترض بالمفترض والمتنفل بالمتنفل فيلزم منه استتباع الشئ مثله وكذا النص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان فاولى ان يستتبع مثله* قلنا استتباع المثل فى المكاتب والمأذون لم يكن مقصودا بل يثبت لهما من ضرورة الطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة اما ههنا لو قلنا تجوز الشركة لاحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لايجوز كما فى التوكيل فانه لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره بمطلق التوكيل لان الثانى مثل الاول فلا ينتظمه مقصودا ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة فى ضمن الشركة *وذكر فى المبسوط هذا كله فى حق الغير اى عدم جواز استتباع الشئ مثله كما فى الشركة والمضاربة فاما فى حق نفسه فيجوز ان يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب ان يكاتب عبده وللمأذون ان يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر * واما اقتداء المفترض بالمفترض فجوازه ثبت بالاجماع وبقوله عليه السلام الامام ضامن ولان صلوة المقتدى مبنية على صلوة الامام فى حق الجواز والفساد بالحديث لا ان يكون صلوة الامام مستتبعة لصلوة المقتدى واما الناسخ فهو رافع صورة ولكن فى الحقيقة مبين انتهاء حكم المنسوخ فى ان شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن رفعا فى الحقيقة فلا يرد نقضا **قـــوله** بخلاف الوكيل بالشراء لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهنا الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملته اذ الربح كما يحصل بتصرفه يحصل بتصرف غيره فصار كان كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء قيل له اعمل برأيك فله ان يوكل غيره وانما لا يملك المشاركة وان تمكن منها عند قوله اعمل برأيك نصا اظهارا للتفاوت بين ماثبت نصا وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح **قوله** لا على

* * * * * * * * * * * * * وجه

ولا يشترط

ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفى القياس لايجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق فى الجنس المتفق وربح مالم يضمن لايجوز الا فى المضاربة (قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) * * * * * * * * * وهذا

وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احتراز عن المقبوض بجهة الرهن **قوله** ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبيله ان المقصود منه التحصيل اى تحصيل المال اما اتحاد العمل فظاهر واما اتحاد المكان فلانه لوعمل احد الشريكين فى دكان والاخر فى دكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما * فان قيل كيف يتصور قول زفر رحمه الله فى جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول زفر مع الشافعى رحمهما الله فى اشتراط الخلط حيث قال وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولايجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال * قلنا عن زفر رحمه الله روايتان فى اشتراط خلط المالين ذكرهما فى المبسوط ذكر احد قوليه مع الشافعى رحمه الله والاخر مع مالك رحمه الله **قوله** ولوشرط العمل نصفين والمال اثلاثا اى المال الحاصل من العمل اثلاثا جاز * وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها لامكان تحقيق مقتضى المفاوضة فى الاعمال كما فى الاموال وفى العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل فى المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوى فى العمل **قوله** لان الربح عند اتحاد الجنس اى الربح لايظهر الا عند اتحاد الجنس اى اذا كان الربح من جنس رأس المال * وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لاالربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح ما لم يضمن * وذكر فى المبسوط الفرق بينهما من وجهين احدهما ان فى التقبل الشريكين بائعان للعمل وقد يكون بينهما فى العمل تفاوت فيصح منهما اشتراط التفاوت فى الربح فاما فى شركة الوجوه فمشتريان بثمن فى ذمتهما فمع المساواة فى ملك المشترى لايصح شرط التفاوت فى الربح **قوله** بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق اى الربح من جنس رأس المال فى شركة الوجوه لان الاصل والربح فيها من جنس المال فيظهر الربح * ثم لوجاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح مالم يضمن وذلك لايكون الا فى المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها ايضا لوقوعه بمقابلة العمل فى جانب المضارب ولوقوعه فى مقابلة المال فى جانب رب المال وليس واحد منهما فى شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم فيها ربح ما لم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتفقا فلا يكون ربحا **قوله**

وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة * وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الاترى ان مايتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الاخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فيجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل (قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولامال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لايشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله * والوجه من الجانبين ما قدمناه فى شركة التقبل (قال وكل واحد منهما وكيل) الآخر (فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لايجوز الابالوكالة او الولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فان شرطا ان المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لايستحق الابالمال اوبالعمل اوبالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الاترى ان من قال لغيره تصرف فى مالك على ان لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة وشركة الوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها والله تعالى اعلم بالصواب

* * * * * * * فصل

قـــوله وهذا ظاهر فى المفاوضة اى اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترطا ان يكون قبول الاعمال منهما والعمل منهما والربح والوضيعة بينهما على التساوى فهى شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهى المساواة المطلقة وان تفاوتا فى شىء مما ذكرنا فهى شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لفوات معنى المفاوضة قـــوله فى ضمان العمل واقتضاء البدل وانما قيد بهما لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون واشنان مستهلك او اجر اجير اواجرة ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة كذا فى الايضاح قـــوله وانما تصح مفاوضة فالمفاوضة منها ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان منهما فهو ان يجوز التفاوضل فى ضمان ثمن المشترى بينهما وينبغى ان يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كذا فى شرح الطحاوى رحمه الله قـــوله فى الابدال اى فى الثمن والمثمن قـــوله لان مطلقه ينصرف اليه اى الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقة قـــوله وهذا لان الربح لايستحق الا بالمال او بالعمل اوبالضمان * فان قيل يجوز ان يكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه وعمله كما فى شركة العنان * قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل فى مال معلوم كما فى شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا قـــوله بالنصف قيد اتفاقى فانه يجوز ان يلقى باقل من النصف او اكثر قـــوله بالضمان اى يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ قـــوله والوجوه ليست فى معناها * * * * * * * * * * * * اى

فصل

فصل فى الشركة الفاسدة

(ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك فى اخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل فى اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلايصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر فى عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر اوقلعه وجمعه وحمله الآخر * * * * * * * * * * فللمعين

اى شركة الوجوه ليست فى معنى المضاربة لان فى شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل واما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه فى معنى المضاربة من حيث ان كل واحد من شريكى العنان يعمل فى مال صاحبه كالمضارب يعمل فى مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح فى العنان كما جاز فى المضاربة والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فى الشركة الفاسدة

قوله وعلى هذا الاشتراك فى اخذ كل شئ مباح نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبرارى من الجوز والفستق وغيرهما فان عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنه ان كان وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما اصابه والثمن فى البيع انما يقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون يعتبر بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيليا او وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لايكال ولايوزن بمعرفة القيمة وان لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا فى الاكتساب وقد كان المكتسب فى ايديهما فكل واحد منهما فى دعواه الى النصف انما يدعى ما كان فى يديه والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ولا يصدق فى الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف ما يشهد الظاهر له وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من ارض لايملكانها او الجص او الملح او الكحل او ما اشبه ذلك كذا فى المبسوط **قوله** والوكيل يملكه بدون امره فلايصلح نائبا عنه قيل ان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لايمكن تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة كذا فى الايضاح * فان قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد غير معين فانه يجوز مع ان الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم بهذا انه لا يشترط لصحة التوكيل ان لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل * قلنا لايشكل لما ان التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب لوجهين احدهما ان فى العبد المعين لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه بعد التوكيل وان كان يملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب فى الحطب المعين وغير المعين سواء فى انه لا يصح لوقوع التوكيل فى امر مباح لهما * والثانى ان بالتوكيل يلزم الثمن فى ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرا هناك على الزام الثمن فى ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا ان التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل * وعلل شمس الائمة رحمه الله فى المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب فى المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه * * * * * * * * * * اويصير

فللمعين اجر مثله بالغا مابلغ عند محمد رحمه الله تعالى وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه (قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذى استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل) اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر فى المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال (واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولابد منها لتتحقق الشركة على مامر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضى بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه اولم يعلم لانه عزل حكمى فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

اويصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفاوضة فى المجهول فلا يكون صحيحة **قـــوله** فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمة الله تعالى عليه وعند ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه لا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى فيعتبر رضاه فى اسقاط حقه فى المطالبة بالزيادة على ذلك الا ترى انه لو استأجر حمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له اجر مثله لا يجاوز به ما سمى * ولمحمد رحمه الله ان المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لايدرى اى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا ام لا والرضاء بالمجهول لايصح واذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا مابلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا استحق اجر مثله بالغا ما بلغ فاذا اصابا شيئا اولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه فى المعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وتقديم قول محمد رحمة الله تعالى عليه على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه يدل على ان المختار قول محمد رحمة الله تعالى عليه * الراوية المزادة من ثلثة جلود واصلها بعير السقاء لانه يروى الماء اى يحمله **قـــوله** ويبطل شرط التفاضل لان العقد صار مستحق النقض وفى ابقاء شرط شرط فى العقد تقرير له وهو واجب الدفع لا واجب التقرير
قـــوله لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ذكره فى باب احكام المرتدين
قـــوله لانه عزل حكمى فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا للغير
كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل
ينعزل الوكيل علم او لم يعلم
والله تعالى اعلم
بالصواب

فصـــل

فصــل

(وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه) لانه ليس من جنس التجارة (فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول اولم يعلم) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لايضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه * وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذاتصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه * لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لاوقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم اولا * ولابي حنيفة رحمه الله انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بادائه وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم اولم يعلم لانه عزل حكمي * واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار (قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى عليه وقالا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك * وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة * * * * اذهما

فصــل

قــــوله وقالا لايضمن اذا لم يعلم وفي الزيادات لايضمن علم باداء شريكه اولا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة وكذا الخلاف فيما لودفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر ثم كفر المأمور وهو لايعلم ضمن عنده خلافا لهما وكذا الخلاف في الوكيل بعتق العبد عن الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه اوبعد ما عمي العبد عند ابيحنيفة رحمه الله لاينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل اولم يعلم على ماذكرناه في الزيادات **قــــوله** اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اي عند ابيحنيفة رحمه الله علم اولم يعلم * فان قيل اذا اديامعا ينبغي ان لايجب الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله لعدم سبق اداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا * قلنا اداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا سبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل اذا باعه وخرج الكلامان معا نفذ بيع الموكل دون الوكيل
قــــوله وهذا المقصود حصل بادائه وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي * فان قيل يشكل بما اذا امر المديون الاخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل ان يقضي المأمور قضاه المديون بنفسه ثم قضاه المأمور ان علم يصير ضامنا وان لم يعلم لايصير ضامنا * قلنا الدين يبقى دينا بعد القضاء وبالقضاء انما يكون للمديون على الطالب دين الا ترى ان الطالب اذا ابرأ المديون من الدين بعد قضاء الدين يصح وللمديون ان يطالب بما اداه الى * * الطالب

اذهما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطیٔ لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا (وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء) بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * * كتاب

الطالب فاذا كان الدين باقيا امكن القول بوقوع ما ادى المأمور قضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضمونا على القابض وقد تحقق هنا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما اذا علم يصير ضامنا لانه مأمور بقضاء الدين على وجه يسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الامر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمرا فيصير ضامنا بخلاف الزكوة فانها لاتبقى بعد اداء الامر فلا يمكن القول بوقوع ما ادى الوكيل زكوة فيصير ضامنا علم اولم يعلم **قـــوله** اذهما لايملكان تغييره اى هما لايملكان تغيير مقتضاها مع بقائها بدليل انهما لوشرطا التفاوت فى ملك المشترى لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فاشبه حال عدم الاذن اذ الاذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء احدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك فى المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فيثبت ان اعتبار اذنه فى انفراد المشترى بتملك الجارية وهذا التملك ثبت فى ضمن الاذن بالوطیٔ اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطئها الا بعد تمليك الآذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقتضى الاذن بالوطیء بلا ذكر عوض شرطه التمليك منه وهو الهبة وهى جائزة فى الشائع فيما لايقسم فكان الآذن قال له اشتر هذه الامة على الشركة ثم تملك نصيبى بالهبة فاذا اشترى وقبض تمت الهبة كما لواشتراها ثم وهب احدهما نصيبه من صاحبه فانها يصيرله ويحل له وطئها والثمن عليهما بخلاف الطعام والكسوة لان ذا مستثنى من قضية الشركة بحكم الضروة اذالحاجة الى الطعام والكسوة اصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقسم فيقع الملك فى المشترى للمشترى على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة الى الوطیٔ غير معلومةالوقوع فى هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها فى الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشك والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب

كتاب الوقف

(قال ابوحنيفة رحمه الله لايزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم اويعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رحمه الله يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رحمه الله لايزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه) قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو فى الشرع عند ابى حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لايصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ فى الاصل * والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل * لهما قول النبى عليه السلام لعمر رضى الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لاتباع ولا تورث ولا توهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى * * * * * * * * * * * * * * اذ له

كتاب الوقف

هو فى الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر * وقال ابوحنيفة رحمه الله لايزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم لانه قضاء فى فصل مجتهد فيه فينفذ اويعلقه بموته والصحيح ان فى تعليقه بالموت لايزول ملكه الا انه يلزم بالاجماع ولكن عنده يكون رقبتها ملكا لورثته اوله * وعندهما لايكون ملكا لاحد كما فى الاعتاق والمسجد * وكذلك اذا قال ارضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حيوتى وبعد مماتى او يقول ارضى هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حيوتى وبعد مماتى اويقول حبس مؤبد الى آخره ففى هذه الالفاظ يصير لازما بالاتفاق **قوله** وهو الملفوظ فى الاصل اى فى المبسوط قال فى المبسوط فاما ابو حنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده انه لايجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده **قوله** واللفظ ينتظمهما اى لفظ الوقف التصدق يتناول ما قاله ابوحنيفة رحمه الله وهو قوله ان الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء اوعلى وجه من وجوه الخير بمنزلة العوارى ويتناول ايضا ما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ولما كان كذلك لم يكن ترجيح احد المذهبين بلفظ الوقف اذ يتناولهما على السواء فلا بد من ترجيح احد المذهبين على الاخر بدليل آخر * ثم ابتدأ ببيان دليلهما لهما قوله عليه السلام لعمر رضى الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم وبالغين المعجمة فقال عمر رضى الله عنه يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس انا نصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لايباع ولايوهب ولايورث ولكن لينفق ثمرته فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله تعالى وفى الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه ولاجناح على من وليه ان يأكل بالمعروف اويؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وقد كانت لاملاكهم القاب حتى كانت * لرسول الله عليه السلام

اذ له نظير فى الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك * ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لاحبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام يبيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الاترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولاتصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لايمكن ان يزال ملكه لاالى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لايجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى * قال رضى الله عنه قال فى الكتاب لايزول ملك الواقف الا ان

لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها غضبا وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمار يقال له يعفور وعمامة يسمى السحابة فى هذا دليل على ان من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغى ان يختار لذلك انفس امواله واطيبها وكذا وقف رسول الله عليه السلام حوائط واوقاف ابراهيم عليه السلام ناقة اليوم وكذا اوقاف الصحابة رضى الله عنهم بمكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه لايرد عليه النقض وذا فى لزومه * وقيل الفتوى على قولهما **قوله** اذ له نظير فى الشرع وهو المسجد فالا اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج للملك المنفعة عن ملكه من غير ان يدخل فى ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك فى الوقف * وله قوله عليه السلام لاحبس عن فرائض الله تعالى اى لامال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصباء الورثة كما قال الله تعالى فريضة من الله * قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله والامام البزعوى رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوى لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعلق بماله فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك الاترى انه لو تصدق فى صحته صدقة منفذة اوهب فانه لايجرى فيه الارث ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الا ان يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل انه يعتبر شرائطه فى صرف الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه فى التى هى تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى * وذكر فى المبسوط وقال ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما لاحبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع قد ابطل ذلك كله لكنا نقول النكرة فى موضع النفى يعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل * وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام يبيع الحبيس فهذا بيان ان لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك * وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله ان هذا لايعلم الا بطريق التوقيف فيحمل على السماع * السائبة هى الناقة التى تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفرى او برأت من مرضى فناقتى سائبة وجعلها كالبحيرة فى تحريم الانتفاع يعنى ان الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث انه لايخرج به العين من ان تكون مملوكة منتفعة بها ولو سيب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه اوداره * وقد استبعد محمد رحمه الله قول ابيحنيفة رحمه الله فى المبسوط ولهذا سماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول الصحابة الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير اثر ولاقياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولم يحمد على ماقال * وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف واستكثر اصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمهما الله **قوله** ولان الملك باق فيه يعنى دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به * زراعة

الا ان يحكم به الحاكم اويعلقه بموته وهذا فى حكم الحاكم صحيح لانه قضاء فى مجتهد فيه اما فى تعليقه بالموت فالصحيح انه لايزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم * والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ * ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لايلزم عند ابيحنيفة رحمه الله وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث و الوقف فى الصحة من جميع المال و اذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه وهوقول الشافعى رحمة الله تعالى عليه بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لابد من التسليم الى المتولى لان حق الله تعالى انما يثبت فيه فى ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهومالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة (قال واذا صح الوقف على اختلافهم) وفى بعض النسخ واذا استحق مكان قوله واذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) لانه لودخل فى ملك الموقوف عليه لايتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لوملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه * قال رضى الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذى سبق ذكره * * * * * * * قال

زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالمملوكات وما للعباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لان ما لله تعالى يجب ان يكون بوصف الخلوص كالمسجد لما صار لله تعالى لاينتفع بشيء من منافع الملك وان كان يصلح لها واذا ظهر ان الملك فيه باق وجب ان يبقى على ملكه ضرورة ولهذا بقى دابه وتدبيره بعده فى نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لما صح شرطه فى الغلة كما لو اعتق عبده بشرط ان يصرف غلة الى كذا اوجعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلى فيه فلان دون فلان ومروبهما محمول على الوقف المضاف الى ما بعد الموت **قــــوله** الا ان يحكم به الحاكم وصورة حكم الحاكم ما ذكر فى فتاوى قاضيخان رحمه الله وهى ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع عنه فنازعه بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضى فيقضى الحاكم بلزومه فان حكم رجلا فحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح ان بحكم الحاكم لايرتفع الخلاف وللقاضى ان يبطله **قــــوله** والمراد بالحاكم المولى اى الذى ولاه الخليفة عمل القضاء واما المحكم فهوالذى فوض اليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق المتخاصمين **قــــوله** لايتحقق مقصودا وانما يتحقق ضمنا كما فى الزكوة تكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للفقير وهنا ايضا يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى **قــــوله** واذا صح الوقف على اختلافهم خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه ذكر بعد هذا ان قوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره فعلى هذا يكون صح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لان عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى اذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدة اما اذا جعل صح بمعنى لزم اى بحكم الحاكم عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى او بتعليقه بالموت وبمجرد القول عند ابى يوسف رحمه الله وبالتسليم الى المتولى عند محمد رحمه الله تعالى * والى هذا اشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله فى اوّل الكتاب قال ابو حنيفة رحمه الله لايزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم اويعلقه بموته * بقى هنا اشكال وهوان فى تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذى كان قبله اذالملك هو المطلق الحاجز ولم يبق * * * * * * ذلك

(قال ووقف المشاع جائز عند ابى يوسف رحمه الله) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته (وقال محمد رحمه الله لايجوز) لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فامافيمالايحتمل القسمة فيجوزمع الشيوع عندمحمد رحمه الله ايضالانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا فى المسجد والمقبرة فانه لايتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابى يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهمافى غاية القبح بان يقبرفيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولووقف الكل ثم استحق جزء منه بطل فى الباقى عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما فى الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب فى البعض او رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف فى مرضه وفى المال ضيق لان الشيوع فى ذلك طارىء ولواستحق جزء مميز بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع ولهذا جاز فى الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة (قال ولا يتم الوقف عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) * * * * * * * لهما

ذلك ولكنه فى حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب الغلة دائما فعلى هذا يزول الملك بالاجماع ولا يحتاج الى التخصيص بقولهما وقوله على اختلافهم لايلايم التخصيص **قوله** والصدقة المنفذة اى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهى المملوكة احترز به عن الصدقة الموقوفة وهى التى نحن فيها فان الوقف صدقة ايضا لكن ليست بخاصة لعدم التمليك من الفقراء ويحتمل ان يحترز بالمنفذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز فى الشائع **قوله** الا فى المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابى يوسف رحمه الله **قوله** فانه لايتم مع الشيوع فيمالايحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا الايصلح لما اراده الواقف* وحاصل ذلك ان جعل المسجد والمقبرة فى المشاع الذى لايحتمل القسمة لايجوز اصلا لاقبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لانه يمنع الخلوص ولابعد القسمة لانه لايصلح لما اريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه فلا يكون مسجدا ولامقبرة * واما الوقف فى الشائع الذى لايحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق اما عند ابى يوسف رحمه الله فالشيوع غيرمانع اصلا واما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لصلاحه لما اراده الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن اما بطريق المهاياة اوبطريق الاستغلال وقسمة الغلة * واما المسجد والمقبرة فى مثل هذا الموضع يؤدى الى امر قبيح بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف الوقف * وعلى هذا الصدقة المملوكة والهبة يعنى لو استحق جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة لانه بالاستحقاق تبين ان الهبة لاقت الشائع وفى استحقاق المعين لا يبطل لانعدام الشيوع كما فى الوقف **قوله** ولا يتم الوقف عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا يعنى الى الفقراء فانهم لاينقطعون * وهذا التفريع عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كمافى المزارعة بدليل انه قال فى التعليل لهما ان موجب الوقف زوال الملك والملك لايزول عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه * * * * * * * * * * * * * **قوله**

لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لايتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاله كالتوقيت فى البيع * ولابى يوسف رحمه الله ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهوموفر عليه لان التقرب تارة يكون فى الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح فى الوجهين * وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابى يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال فى الكتاب فى بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح *وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لاينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص (قال ويجوز وقف العقار) لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) * قال رضى الله عنه وهذا على الارسال قول ابى حنيفة رحمه الله (وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض فى تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كالشرب فى البيع والبناء فى الوقف * ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لماجاز افراد بعض المنقول بالوقوف عنده فلان يجوز الوقوف فيه تبعا اولى (وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح) معناه وقفه فى سبيل الله * وابويوسف رحمه الله معه فيه على ماقالواوهو استحسان * والقياس ان لايجوز لما بينا من قبل * وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واماخالد فقد حبس ادرعا وافراساله فى سبيل الله تعالى وطلحة رضى الله عنه حبس دروعه فى سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل * ويدخل فى حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها *وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف * وعند ابى يوسف رحمه الله لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد فى الكراع والسلاح فيقتصر عليه * ومحمد رحمة الله تعالى عليه يقول القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه * * * وقف

قـــوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ليس هذا مذهب ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولكن هذامذهبهما فيكون هذاتعليل محمد رحمة الله عليه على اصلهما فيكون حجة على ابى يوسف رحمه الله قـــوله وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول ابى حنيفة رحمه الله لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصدق بالثمرة المعدومة وعندهما زوال العين الى الله تعالى فيصير محبوسا فى ملك الله تعالى على ان تصل منفعته الى العباد فيكون التصدق بالمنفعة ثابتافى ضمن ازالة العين الى الله تعالى * ولعل مراد محمد رحمه الله فى قوله هذا صدقة بالمنفعة اوبالغلة انه اخراج الملك الى الله تعالى على وجه يكون تصدقا بالمنفعة والغلة * فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله ضيق اولا كل التضييق كما قال ابو حنيفة رحمه الله ثم رجع عنه ووسع كل التوسع ومحمد رحمه الله توسط بينهما فلهذا افتى عامة المشايخ بقول محمد رحمه الله قـــوله ولا يجوز وقف ما ينقل اى من مكان الى مكان ويحول اى يغير من هيئة الى هيئة اوهما متراد فان قـــوله وهذا الارسال اى الاطلاق سواء كان بطريق التبيعة او القصد قـــوله والقياس ان لايجوز لما بينا من قبل ان التأبيد شرط فيه والتأبيد لايتحقق فى المنقول * * قوله

وقف كتباله الحاقا لها بالمصحف * وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله ومالا تعامل فيه لايجوز وقفه عندنا * وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح * ولنا ان الوقف فيه لايتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولامعارض من حيث السمع ولامن حيث التعامل فبقى على اصل القياس * وهذا لانّ العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلايكون غيرهما فى معناهما (وقال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولاتمليكه الاان يكون مشاعا عند ابى يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته) اما امتناع التمليك فلما بينا * واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان فى الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا * ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه * وان وقف نصف عقار خالص له فالذى يقاسمه القاضى او يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسمه المشترى ثم يشترى ذلك منه لان الواحد لايجوز ان يكون مقاسما ومقاسما (ولوكان فى القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لايجوز) لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء (قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف اولم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولاتبقى دائمة الابالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها * * * * * * * * * * ثم

قــــوله وقف كتباله الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح * وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله اختلف المشائخ فى وقف الكتب جوزه الفقيه ابو الليث رحمه الله وعليه الفتوى قــــوله مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذى خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يتمكن بهما مع بقاء اصله فى ملكه قــــوله ويجوز بيعه احتراز عن ام الولد فانه لايجوز وقفها قــــوله ولامعارض من حيث السمع والقياس فى المنقول ان لا يصح وقفه لان الوقف فيه لايتأبد ولابد من التأبيد الاان السمع عارض القياس فى البعض كما فى الكراع والسلاح حيث وردالآثار المشهورة وفى البعض عارض القياس التعامل كما فى الفأس والمر والقدوم والقدور والمراجل فبقى الباقى كالثياب والبسط وكالعبيد والاماء قصدا على القياس اذلا معارض فيها من حيث السمع والتعامل قــــوله الا ان يكون مشاعا الغالب جهة المبادلة فى القسمة اذا كانت فى غير المثليات فيكون فى معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجز بيعه قــــوله ولوكان فى القسمة فضل دراهم * اعلم ان ادخال الدراهم فى القسمة لايجوز الابتراضيهم او وقعت الضرورة فى ادخالها بان وقع البناء فى احد النصيبين اوكان احد النصيبين اجود فحينئذ يجوز ان تعطى الدراهم من وقع البناء فى نصيبه او وقع نصيبه اجود فيما روى عن ابى حنيفة رحمه الله على ما يجئ فى كتاب القسمة ان شاء الله تعالى قــــوله ان اعطى الواقف لايجوز اى ان اعطى المشترى الواقف لايجوز لان المشترى يأخذ بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف فيصير الواقف بائعا للوقف فى ذلك القدر فلايجوز واما اذا اعطى الواقف فضل الدراهم المشترى جاز لان الواقف حينئذ يصير مشتريا شيئا بمقابلة الدراهم وواقفا لذلك الشئ الذى اشتراه فيجوز قــــوله ولان الخراج بالضمان هذا فى الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ومعناه الغرم بازاء الغنم من تولى حارها تولى قارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل فى مضرة بمقابلة * * * * * * * * * منفعة

ثم

* ثم ان كان الوقف على الفقراء لايظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو فى ماله اى ماله شاء فى حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التى وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلايجوز صرفها الى شئ آخر الابرضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة فى الزيادة (قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى) لان الخراج بالضمان على مامر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فاذا امتنع من ذلك اوكان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى صاحب السكنى) لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة ولا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه فى حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك * * * * * * * * * * قال

منفعة * ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والغلام والمراد من الضمان المؤنة اى كل من كان له منفعة شئ كان عليه مضرته فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته * وقيل معناه ان يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فانه يرده والغلة له لانه لومات كان فى ضمانه ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن عبد العزيز قضاه بالغلة للبائع **قوله** وعند الآخرين يجوز ذلك اعتبروا بما اذا كان الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب فى استيجار بيوتها ويكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم ان يبنى بيوتا ويواجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون انفع للفقراء * ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له ان يشترى بالغلة دارا اخرى ليضمها الزيادة الى الوقف * واما تلك المسئلة فبناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة هى خير من الاول فالمستغل واحد والجهتان فيه مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة الزيادة كذا فى وقف هلال رحمه الله **قوله** والاول اصح وهو ان يكون البناء الثانى مثل الاول لا زائدا على الاول **قوله** والاول اولى وهو اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان فيه رعاية الحقين والثانى ترك العمارة لان فيه فوت الحقين **قوله** ولايكون امتناعه رضى منه هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد رضى ببطلان حقه فلاتجب رعاية حقه فاذا عمرها القاضى ينبغى ان لا يرد عليه * فاجاب رحمه الله بان الرضاء فى حيز التردد لاحتمال انه انما امتنع اعتمادا على ان القاضى اذا عمرها يردها عليه او لان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله فى الحال **قوله** لانه غير مالك والاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك لايتحقق من غير المالك * فان قيل المستأجر لايملك الدار ومع ذلك كان له ان يواجرها من آخر للسكنى وكذلك فى كل عمل لا يختلف بالاختلاف المستعمل * قلنا هناك ملك المستأجر المنفعة وهنا ابيحت المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب اباحة المنفعة راجعا الى الواقف حتى لم يقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة فى ابتداء الوقف لانه لايلزم تمليك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث اقيمت الدار مقام المنفعة

(قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها) لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه فى الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر ذلك او ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل (ولا يجوز ان يقسمه) بمعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه جزأ من العين ولاحق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم فى المنافع والعين حق الله فلا يصرف اليهم غير حقهم (قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه اوجعل الولاية اليه جاز عند ابى يوسف رحمه الله) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابى يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وهو قول هلال الرازى رحمه الله * وبه قال الشافعى رحمه الله وقيل ان الاختلاف فى اشتراط القبض والافراز * وقيل هى مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حيوته وبعد موته للفقراء سواء * ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ما توا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حيوته كاشتراطه لنفسه * وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق * فصار

المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم تمليك المنافع المعدومة فلما ملكها فى الاجارة ملك ايضا تمليكها من غيره قــــوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته اى آلة البناء كالخشب وغير ذلك * النقض بضم النون البناء المنقوض والجمع نقوض * وعن الغورى النقض بالكسر لاغير كذا فى المغرب * وفى الصحاح ذكره بالكسر لا غير قــــوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه اوجعل الولاية اليه جاز اما الاول وهو جعل الغلة لنفسه جائز عند ابى يوسف رحمه الله وعليه مشايخ بلخ * وذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على قول ابى يوسف رحمه الله ترغيبا للناس فى الوقف قــــوله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله لان التسليم الى المتولى عنده شرط وقد عدم ههنا * وقال الفقيه ابو جعفر رحمة الله تعالى عليه وليس فى هذا عن محمد رحمه الله رواية ظاهرة الاشيء ذكره فى كتاب الوقف اذا وقف على امهات اولاده جاز * قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد فى حال حيوة المولى يكون للمولى قــــوله وهو قول هلال الرازى هكذا وقع فى بعض نسخ الفقه بالزاى * وذكر فى المغرب هلال الرائى بن يحيى البصرى صاحب الوقف والرازى تحريف * وقيل الخلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والافراز فعند محمد رحمه الله التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافى ذلك قــــوله فقد قيل يجوز بالاتفاق وهذا على اصل ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه فى حيوته جاز فلامهات اولاده اولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده فى حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك فى حيوته ايضا تبعا لما بعد الوفاة كما قال ابو حنيفة رحمه الله فى اصل الوقف اذا قال فى حيوتى وبعد مماتى يتعلق به اللزوم قــــوله ان الوقف تبرع على وجه التمليك اى التمليك من الله تعالى بالطريق * * * * * * * * * * الذى

فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه * ولابى يوسف رحمة الله تعالى عليه ما روى ان النبى عليه الصلوة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها الصدقة الموقوفة ولا يحل منها الاكل الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا اوسقاية اوجعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل * ولو شرط الخيار لنفسه فى الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابى يوسف رحمة الله عليه وعند محمد رحمة الله تعالى عليه الوقف باطل * وهذا بناء على ماذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب * وذكر هلال فى وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية * قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم تبق له ولاية فيه * ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية * * * * * من

الذى قدمناه اشارة الى قوله لابد من التسليم الى المتولى لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لايتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره **قــــوله** فصار كالصدقة المنفذة اى سلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لايجوز **قــــوله** وشرط بالجر بان جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز فى الكل **قــــوله** فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه كما فى الصيد والحشيش وسائر المباحات * واذا شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند ابى يوسف وهلال والخصاف رحمهم الله استحسانا لان فيه تحويله الى ما يكون خيرا من الاول اومثله فكان تقريرا لا ابطالا وعند محمد رحمه الله واهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز لان هذا الشرط لايؤثر فى المنع من زوال الملك والوقف يتم به فيبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيبطل كما فى المسجد اذا شرط الاستبدال او شرط ان يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا **قــــوله** وهذا بناء على ما ذكرنا اشارة الى انه يجوز ان يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذا يجوز ان يشترط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروى فيه وعند محمد وهلال رحمهما الله تعالى الوقف باطل لان تمام الوقف على مذهب محمد رحمة الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ولهذا لايتم القبض فى الصرف والسلم مع شرط الخيار ولان تمام الوقف بتمام الرضاء ومع شرط الخيار لايتم الرضاء فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف * ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمة الله تعالى عليه لم ينقلب جائزا بابطال الخيار بعد ذلك **قــــوله** واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابى يوسف رحمه الله وهو قول هلال رحمة الله تعالى عليه اى فقد نص فى فصل الولاية بالجواز على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه فى الكتاب بقوله * واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه اوجعل الولاية اليه جاز عند ابى يوسف رحمه الله * وذكر فى المحيط واذا وقف الرجل ارضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائز والولاية للواقف كذا ذكر هلال والخصاف رحمهما الله **قــــوله** وذكر هلال قال * اقوام

من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل والله تعالى اعلم بالصواب

فصـــل

(واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابى حنيفة رحمه الله عن ملكه) اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك فى المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه * ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه فى رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك فى الغالب (وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل * * * * * * * * * * قال

اقوام اى بعض المشايخ رحمهم الله ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله تعالى الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا اسلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند الاخراج عن ملكه الا ترى انه لو شرطها لغيره يثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه اولى ان يثبت له لان هذا الشرط ابقاء للولاية الثابتة له معنى * وذكر محمد رحمه الله تعالى فى السير اذا وقف ضيعته واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط فى ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم * وذكر فى فتاوى قاضيخان رحمة الله تعالى عليه ولو قال ارضى هذه موقوفة ان شئت او احببت كان الوقف باطلا فى قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل فى قولهم * ولو قال ارضى هذه صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا انه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف والله تعالى اعلم بالصواب

فصـــل

قـــوله فلانه لا يخلص لله تعالى الا به ولا بد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اى مخلصة لله ولا يخلص لله تعالى الا به قـــوله ويشترط تسليم نوعه اى تسليم يليق بنوع هذه القربة ويشترط فى كل نوع تسليم ما يليق به وهو فى المسجد بالصلوة فيشترط ادناه وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بصلوة الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم ولهذا جعل امان الواحد من المسلمين كامان الكل * وعن محمد رحمه الله يشترط الصلوة بالجماعة وكذا عن ابى حنيفة رحمه الله ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة باذان واقامة جهرا لا سرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا جهرا لا يصير مسجدا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فان جعل للمسجد مؤذنا واماما وهو رجل واحد فاذن * * * * * * * * * * * واقام

قال

(قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب اوفوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله ان يبيعه وان مات يورث عنه) لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به * ولوكان السرداب لصالح المسجد جاز كما فى مسجد بيت المقدس * وروى الحسن رحمه الله عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق فى السفل دون العلو * وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن اومستغل يتعذر تعظيمه * وعن ابى يوسف رحمه الله انه جوز فى الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة * وعن محمد رحمه الله انه حين دخل الرى اجاز ذلك كله لما قلنا (قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) يعنى له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لايكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد رحمه الله انه لايباع ولايورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن ابى يوسف رحمه الله انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولايصير مسجدا الابالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل فى الاجارة من غير ذكر (قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه يحرز عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى * وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما فى الاعتاق * ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابى يوسف لانه اسقاط منه فلايعود الى ملكه * وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك البانى او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد او حشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول فى الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر * * * * * * * * * * * * * * قال

واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء صلوته على هذا الوصف كالجماعة الاترى ان اصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجد اذا اذن واقام وصلى وحده ليس لمن يجئ بعد ذلك ان يصلى بالجماعة فى ذلك المسجد * وبقبض المتولى هل يصير مسجدا من غير ان يصلى فيه فقد اختلف فيه **قـــوله** وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه اى عن ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه **قـــوله** وعلى ظهره اى على سطحه **قـــوله** اجاز ذلك كله لما قلنا اى لضيق المنازل **قـــوله** ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابى يوسف رحمه الله * هذه المسئلة مبنية على ان ابا يوسف رحمه الله لايشترط فى الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه لايخرج من ان لايكون مسجدا * وعند محمد رحمه الله يشترط فى الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا * وحكى ان محمدا رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابى يوسف رحمه الله يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك البانى يصير مزبلة عند تطاول المدة * ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعنى لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه * وقيل هى من وضع الفرقة الجهلة الممقوتة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح اباطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم فى بعض ويأبى الله الا ان يتم نوره * فمحمد رحمه الله يقول انه جعل هذا الجزء مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك * * * * * * * * * * * * الحج .

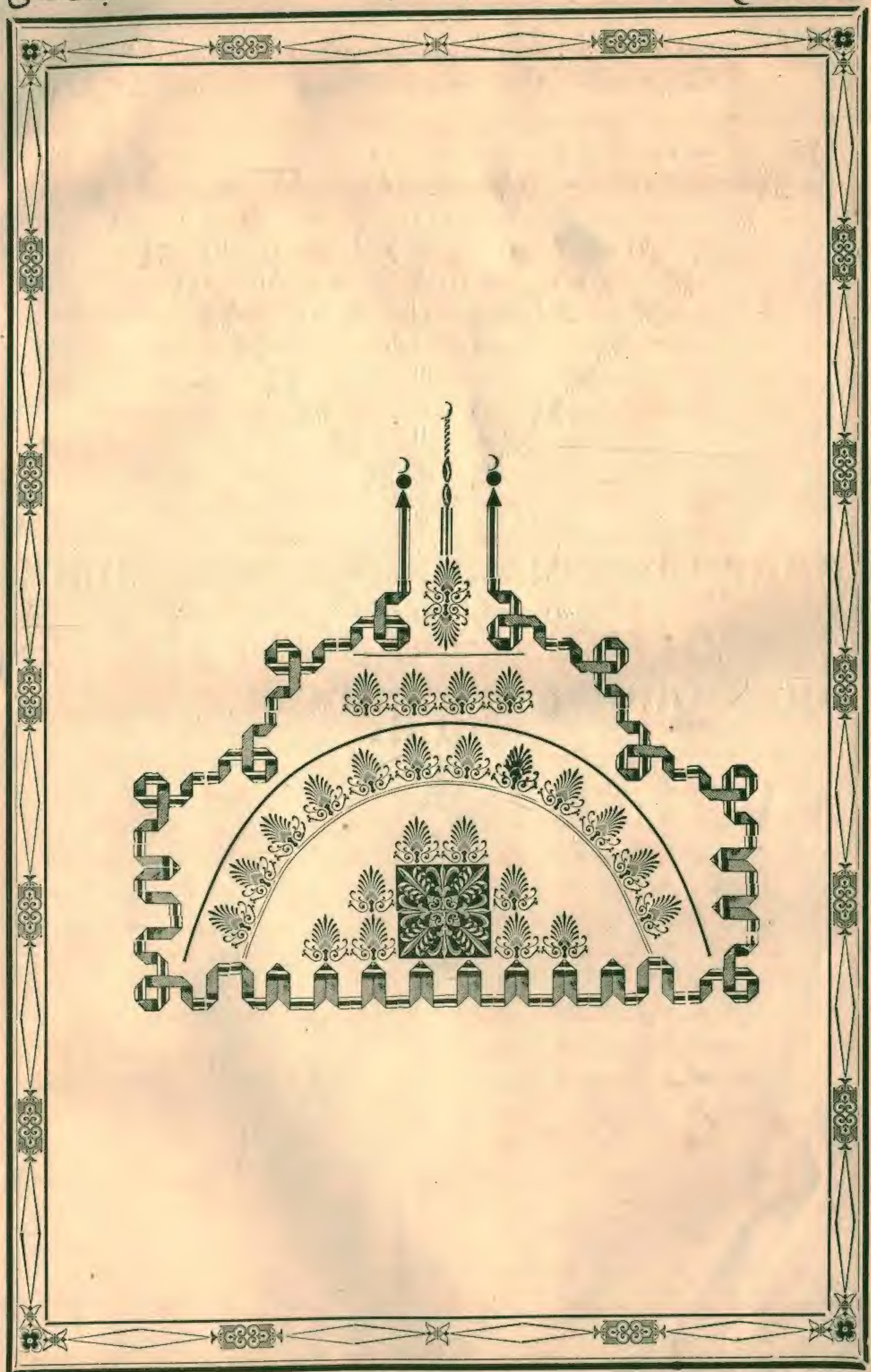
(قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنوا السبيل او رباطا اوجعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابيحنيفة رحمه الله) لانه لم ينقطع عن حق العبد الاترى ان له ان ينتفع به فيسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند ابى يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم (وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك) لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا الخلاف البئر الموقوفة والحوض * ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه * واما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لاتدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم * والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لامتولى له عرفا وقد قيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة * ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين اوجعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين او جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان فى الغلة يحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء　ولان

الحج كان له ان يصنع بهديه ماشاء وكذلك لو كفن ميتا ثم افترسه السبع عاد الكفن الى ملك صاحبه وكذا اذا علق قنديلا وبسط حصيرا فى المسجد ثم خرب المسجد وابو يوسف رحمه الله يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله مسجدا ليصلى فيه اهل المحلة لاغير وانما جعل مسجدا ليصلى فيه العامة لان للعامة حق اقامة الصلوة فى المسجد * واستدل ابو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر المساجد * واما هدى الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح وكلامنا فيما اذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بازالة العين عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حالة الحيوة وقد وقع الاستغناء للمستعير فيعود الى المعير * واما الحصير فالصحيح من مذهب ابى يوسف رحمه الله انه لايعود الى ملك متخذه بخراب المسجد بل يحول الى مسجد آخر اويبيعه قيم المسجد للمسجد لان الخلق عيال الله تعالى فمن كان انفع لعياله كان احب اليه فلذلك اتخذت السقايات قربة والقربة ما يتقرب به الى الله تعالى * والخان الموضع الذى يكون فى المفاوز فى طريق البلاد لينزل فيه ابناء السبيل * وقوله يسكنه بنوا السبيل تفسير له كقوله تعالى شرذمة قليلون * ويقال رابط الجيش اى اقام فى الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا * ومنه اصبروا وصابروا ورابطوا اى اقيموا على جهاده بالحرب * وقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربيط بمعنى مربوط * والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار * والثغر موضع المخافة من فروج البلدان قوله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا * هذا قولهما　*　*　*　*　* قال

ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

* وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا كله لصاحبه ان يرجع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية وغيرها ويبيعها وان مات كان ميراثا عنه الا ان يحكم بها حاكم والفتوى فى ذلك كله على قولهما للبلوى والتعارف وعليه اجماع الامة الا ترى انه بقى آثار الماضين فى هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب تمت بالخير

الحمد لله العلى العظيم والصلوة على رسوله الكريم على اتمام المجلد الثانى من الهداية مع شرحها الكفاية



فهرست الهداية والكفاية الجلد الاوّل

فهرست الهداية والكفاية الجلد الأول

تم فهرس الجلد الأوّل

فهرست الهداية مع شرحها الكفاية الجلد الثانى

فهرست الهداية مع شرحها الكفاية المجلد الثانى

تم

فهرس المجلد الثانى
من الهداية

